

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA (FDUL)

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO (ESMAPE)



RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO DE DIAGNÓSTICO

LEILA CRISTIANI CORREIA DE FREITAS E SOUSA

DISSERTAÇÃO

MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

LISBOA - 2016

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA (FDUL)

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO (ESMAPE)



RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO DE DIAGNÓSTICO

LEILA CRISTIANI CORREIA DE FREITAS E SOUSA

DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELO

PROFESSOR DOUTOR PEDRO MANUEL DE ALMEIDA MADEIRA BRITO

MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

LISBOA - 2016

O homem é do tamanho do seu sonho.
(Fernando Pessoa)

Para Frederico, pelo tudo de sempre,
durante todos esses anos de
caminhada juntos.

Para Henrique e Marina, pela doçura
que trouxeram aos meus dias.

.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela certeza de Sua existência em todas as coisas.

Aos meus pais, Lourival e Zélia, pelo dom da vida, pelo amor incondicional e pelo incentivo ao longo dos anos.

Aos meus irmãos, Lourival Júnior e Lílian, pelo apoio em todas as horas.

Aos familiares e amigos que, de alguma forma, contribuíram para este trabalho, em especial, ao amigo Felix.

Ao meu orientador, Professor Doutor Pedro Manoel de Almeida Madeira Brito, por ter aceito este trabalho e pelas úteis orientações.

RESUMO

Título: “Responsabilidade civil do médico por erro de diagnóstico”

O presente trabalho tem a finalidade de verificar a responsabilidade civil do médico, sobretudo nas hipóteses de erro de diagnóstico. Para tanto, analisa-se o conceito de responsabilidade civil, bem como a evolução da responsabilidade civil do médico, até se chegar ao conceito atual de ato médico, observando-se seus pressupostos. Na legislação brasileira, o Código de Defesa do Consumidor, cuja base é a responsabilidade objetiva, inclui a responsabilidade civil do médico como profissional liberal. No entanto, trata-o como exceção, adotando o conceito de culpa, no caso de responsabilização do médico. Esse destaque torna desnecessária a inserção dos profissionais da saúde no CDC. Para caracterizar a responsabilidade civil do médico, o erro de diagnóstico deve ser inescusável, exigindo-se, além disso, a verificação do nexo de causalidade, a ação ou omissão e o dano causado. O erro de diagnóstico pode ocorrer no âmbito do consentimento informado, quando o paciente toma uma decisão baseada em informações equivocadas dadas pelo médico. Dessa forma, mesmo tendo externado sua vontade, de forma livre e consciente, o fez com base em erro. O erro de diagnóstico resultante na perda de uma chance deve ser visto como dano autônomo. Por esse motivo, o cálculo da indenização respectiva será feito com base em critérios probabilísticos, levando-se em consideração a chance de resultado exitoso que teria o paciente.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Responsabilidade civil do médico. Erro de diagnóstico. Consentimento informado. Perda de uma chance.

ABSTRACT

Title: "Liability of the doctor due to misdiagnosis"

The present study is intended to verify the liability of the physician especially in cases of misdiagnosis. It analyzes the concept of civil liability and the development of civil responsibility of the doctor, until reaching the current concept of medical procedure, observing their assumptions. In the Brazilian legislation, the Consumer Protection Code, whose base is the strict liability, including the liability of the doctor as a professional person. Nonetheless, treat it as an exception, adopting the any concept of fault in the case of medical responsibility, a fact that makes unnecessary the inclusion of health professionals at CDC (*Consumer Code*). To characterize the civil responsibility of the doctor, wrong diagnoses should be inexcusable, demanding, in addition, the verification of causation action or inaction and the damage.

Misdiagnosis may occur within the informed consent where the patient takes a decision based on misinformation given by the physician. Thus, despite having voiced their will freely and consciously made based on error. The resulting error diagnosis in the loss of a chance should be seen as self-injury. For this reason, the calculation of the respective damages shall be based on probabilistic criteria, taking into consideration the likely of successful outcome which would have the patient.

Keywords: Civil liability. liability of the doctor. Diagnostic Error. Informed consent. Loss of a chance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I – ATO MÉDICO.....	13
1. Conceito.....	13
2. Origem do exercício da medicina.....	17
3. Responsabilização do médico nas legislações brasileira e portuguesa.....	19
4. Extensão da atividade do médico.....	23
5. Direitos e deveres do médico e do paciente.....	24
CAPÍTULO II – CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	29
1. Fatos jurídicos, obrigação e responsabilidade civil: aspectos.....	29
2. Espécies de responsabilidade civil.....	32
2.1 Responsabilidade penal e civil.....	33
2.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva.....	34
2.2.1 Conceito.....	34
2.2.2 Requisitos.....	38
2.3 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	39
3. Excludentes da responsabilidade civil.....	42
CAPÍTULO III – ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	48
1. Natureza jurídica da responsabilidade civil do médico.....	48
2. Pressupostos da responsabilidade do médico.....	53
3. Responsabilidade do médico e responsabilidade do hospital.....	57
3.1 Responsabilidade do médico como profissional liberal.....	58
3.2 Responsabilidade do médico vinculado à empresa ou plano de saúde.....	60
4. Visão crítica do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.....	63
CAPÍTULO IV – OBRIGAÇÕES DE MEIO E OBRIGAÇÕES DE RESULTADO.....	70
CAPÍTULO V – ERRO DE DIAGNÓSTICO.....	82
1. Conceito.....	82
2. Diferença entre erro de diagnóstico e erro de tratamento.....	87
3. Verificação do dano e do nexo causal no caso de erro de diagnóstico.....	89
4. Breves comentários acerca de algumas hipóteses de erro de diagnóstico.....	94
4.1 Erro de diagnóstico no acompanhamento pré-natal.....	95
4.2 Erro de diagnóstico em exames laboratoriais e radiológicos.....	99

4.3 Falta de preparo técnico do médico.....	102
4.4 Inobservância dos sintomas apresentados pelo paciente.....	103
4.5 Possibilidade de culpa do paciente no erro de diagnóstico.....	104
5. Consentimento informado e sua relação com o erro de diagnóstico.....	106
6. Perda de uma chance e sua extensão na fixação da indenização.....	108
6.1 Conceito.....	108
6.2 Natureza jurídica.....	110
6.3 Fixação da indenização pela perda de uma chance.....	113
6.4 Jurisprudência.....	116
CONCLUSÃO.....	121
REFERÊNCIAS.....	126

INTRODUÇÃO

Atualmente, o profissional da medicina se depara com um crescente número de questionamentos, no que diz respeito à extensão de sua responsabilidade, na hipótese em que causa dano a outrem, no exercício da profissão. Em razão dos riscos que pode causar às pessoas, a atividade médica é tratada de forma especial. Além da habilidade técnica específica, o profissional da medicina deve fazer sua inscrição em órgão próprio, o que afasta, em tese, sua responsabilidade por eventuais danos causados no exercício de suas funções. Tem se tornado comum a divulgação de notícias sobre vítimas de potenciais erros médicos. Alguns desses erros são fatais, na medida em que suas consequências são irreversíveis. Em face dessas ocorrências, é essencial estabelecer a natureza jurídica, bem como os limites da responsabilidade do médico.

É importante ressaltar que a atividade do médico vem ganhando contornos diversificados. Assim, em caso de cometimento de erro, sua responsabilidade pode ser considerada como de natureza pessoal, quando presta serviços na qualidade de profissional liberal. Porém, passará a ter natureza solidária, quando exerce atividade empresarial ou em estabelecimentos hospitalares públicos. É inegável que o exercício da medicina tem uma forte dimensão social, seja em razão da relevância da profissão, considerando-se os interesses envolvidos, seja como resultado da natureza dos danos que podem ser causados, tendo em vista os riscos inerentes à profissão. Por tais razões, é de grande interesse o estudo da responsabilidade civil do médico.

Em razão da complexidade das relações contratuais envolvendo os profissionais da medicina, é importante fazer considerações sobre alguns aspectos dessa atividade. Convém, de início, observar que a responsabilidade

civil do médico é multifacetada, abrangendo uma gama de relações jurídicas. Portanto, sua atuação profissional não se exaure no mero atendimento ao paciente, nem tampouco na realização de determinados procedimentos. Na atualidade, há uma teia de negócios jurídicos atrelados à atividade do médico. Ante essa realidade, é necessário analisar as várias modalidades contratuais, para, em seguida, tratar especificamente da responsabilidade do médico pelo erro cometido.

Inicialmente, é preciso qualificar o erro como sendo de diagnóstico. Depois, passa-se à verificação do nexo causal. No âmbito dessa discussão, é importante ressaltar a importância que vem ganhando a teoria da perda de uma chance, originária do direito francês. Tal teoria vem ganhando corpo na doutrina e na jurisprudência, embora, em alguns países, a exemplo do Brasil, ela ainda seja considerada de forma tímida.

O presente trabalho é baseado em pesquisa bibliográfica e de jurisprudência. Tem por objetivo o estudo da responsabilidade civil do médico, sobretudo quando fundada no erro de diagnóstico. Nessa perspectiva, analisar-se-á a responsabilidade civil do médico à luz do ordenamento jurídico brasileiro, fazendo-se comparações, em alguns aspectos, com a legislação portuguesa. Para o atingimento dessa finalidade, o estudo está dividido em cinco capítulos. O primeiro cuida do ato médico, discorrendo-se acerca do seu conceito. Para tanto, faz-se uma breve referência à evolução da profissão, destacando-se, especificamente, a forma como vem sendo tratada a questão da responsabilidade do médico. Faz-se também uma análise sobre as exigências para o exercício da medicina, bem como sobre a amplitude da atividade desenvolvida pelo médico. Ainda nesse ponto, é abordada a questão dos direitos e deveres do médico e do paciente.

No segundo capítulo, ainda que de forma sucinta, estuda-se a responsabilidade civil em geral, apresentando-a na seara dos fatos jurídicos, para, em seguida, destacar suas espécies e excludentes. O terceiro aborda aspectos peculiares da responsabilidade civil do médico. A matéria sob a ótica

de sua inserção no sistema jurídico brasileiro, traçando-se um paralelo entre a responsabilidade contratual e extracontratual com a reponsabilidade hospitalar. Nessa mesma linha, é abordada a responsabilidade do médico como profissional autônomo. Discorre-se também sobre as diferenças entre a responsabilidade do médico no direito brasileiro e português, numa visão crítica ao que dispõe o Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

O quarto capítulo trata da superação dos conceitos de atividade de meio e de resultado, considerando a reponsabilidade do médico sob o prisma da verificação da diligência adequada que deve ter no exercício. Nesse aspecto, destaca-se a possibilidade ou não de exigir-se o resultado esperado ou previsto na atividade médica ou na execução de determinados procedimentos cirúrgicos.

O quinto e último capítulo aborda, de forma direta, a questão do erro de diagnóstico, analisando-o sob vários aspectos. De início, apresenta-se uma base conceitual sobre a problemática, a partir da análise de algumas teorias. Em seguida, passa-se à verificação do dano e do nexo causal em matéria de erro de diagnóstico. Na mesma linha de raciocínio, estuda-se o consentimento informado, bem como sua relação com o erro de diagnóstico. Aborda-se, além disso, o nexo causal, sobretudo no que se refere a seu conceito e requisitos. Conclui-se o capítulo com o estudo da perda de uma chance, bem como sobre sua repercussão na fixação da indenização, com a análise de algumas decisões dos tribunais, no Brasil e em Portugal.

CAPÍTULO I

O ATO MÉDICO

1. Conceito

Segundo Joaquim Atalaz Lopez¹, o ato médico é um conjunto de atividades próprias dos profissionais da medicina, com a finalidade de conservar ou melhorar a saúde humana em todos os seus aspectos. Seu campo de atuação possui diversas peculiaridades, levando-se em consideração os interesses envolvidos. Como se sabe, a atividade médica tutela bens preciosos, por envolver a integridade física e psíquica do ser humano. Por isso, interessa à sociedade como um todo, assumindo uma dimensão social que transcende as relações privadas.

Afirma Sérgio Cavalieri Filho² que a atividade do médico pode ser observada sob dois aspectos distintos: de um lado, existe a responsabilidade pela prestação de serviços médicos de forma pessoal e direta, quando ele atua como profissional liberal; de outro, destaca-se a atuação do médico em atividade de natureza empresarial, incluindo-se nesse conceito hospitais, clínicas, laboratórios, casas de saúde etc. Referindo-se à responsabilidade profissional de uma maneira geral, acrescenta o citado autor que, em razão do risco potencial, determinadas profissões estão sujeitas a uma disciplina especial. Por tal motivo, existe a necessidade do preenchimento de certos requisitos legais para o seu exercício. Porém, o cumprimento dessa exigência, por si só, não afasta a responsabilidade do profissional, nas hipóteses em que causar danos relacionados ao exercício da profissão.

¹ LOPEZ, Joaquim Atalaz. **Los médicos y la responsabilidade civil**. Madrid: Editorial Montecorvo, 1985, pp. 30/32.

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 401/405.

Para o citado autor³, em determinadas profissões, o erro é razoavelmente contornável, com ação suplementar. Já no caso do profissional de saúde, algumas ações ou omissões podem ser fatais. Nesse contexto, há um crescente número de hipóteses em que pode ser estudada a responsabilidade do médico, destacando-se as seguintes situações: o erro de diagnóstico, objeto principal deste estudo; a violação do sigilo profissional; o dever de informar o paciente; a perda de uma chance; o erro anestésico e em cirurgia estética.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴, em seu estudo, analisam o período do pós-guerra, quando as garantias individuais haviam sido devastadas. Segundo assinalam, a Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, veio como um sopro de esperança, resgatando aquelas prerrogativas que foram aviltadas, sobretudo com a lamentável intervenção nazista nos direitos humanos. A citada Declaração funcionou como o esteio para a evidenciação dos chamados direitos da personalidade, os quais, em suas várias manifestações, atingem as esferas física, intelectual e moral de cada indivíduo.

No direito brasileiro, um robusto elenco de tais direitos foi, inicialmente, insculpido na Constituição Federal de 1988, sobretudo em seus arts. 1º e 5º⁵. O art. 1º trata dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles, a dignidade da pessoa humana. A dignidade é o respeito que a pessoa deve ter dos demais indivíduos, bem como das entidades públicas e privadas. Portanto, não se admite qualquer situação que lhe retire o amor próprio e, em última análise, aquilo que é prerrogativa de sua condição

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., pp. 406/419.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Parte geral e LINDB. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 137/138.

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III- a dignidade da pessoa humana.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...).

humana. Já o art. 5º, incluso no título “dos direitos e garantias fundamentais”, consagra, com especial destaque, os direitos individuais e os direitos da personalidade.

O Código Civil de 2002, seguindo a mesma linha da Carta Magna, dedicou um capítulo (o segundo da parte geral) especificamente aos direitos da personalidade, criando um verdadeiro processo de constitucionalização do direito civil. No entanto, esse tratamento foi recepcionado com certa timidez, na medida que o citado diploma legal deixou de incluir questões fundamentais, geradas com o desenvolvimento da sociedade. Ainda assim, foi louvável a iniciativa do legislador ordinário em fazer constar no novo Código Civil os direitos da personalidade.

Quando se trata da responsabilidade civil do médico, é evidente sua correlação, em muitas situações, com os direitos da personalidade, no que se refere à integridade física e psíquica do paciente. Dessa forma, constitui-se em ilícito o ato médico que, preenchendo os requisitos da responsabilidade civil, venha a causar dano ao paciente. Segundo lembra Guilherme de Oliveira⁶, nos primórdios da medicina, o médico desprezava completamente a vontade do doente, por vezes escondendo dele todas as ações. Atualmente, o campo da medicina tem estrutura que extrapola, em muito, o simples contrato firmado entre o médico ou o hospital e o paciente, sobretudo quando se trata de profissional liberal e clínica privada. Nesse novo contexto, o paciente deve ser bem informado sobre todos os procedimentos e riscos, no caso de cirurgia, por exemplo. Assegura-se, assim, o direito constitucional à informação, quer sob o ângulo da necessidade de sua obtenção, quer sobre os meios existentes para o procedimento a ser adotado.

O consentimento informado, também, ultrapassa o contrato, já que se funda no direito à integridade física e moral da pessoa. Não é demais enfatizar que tais direitos são inatos, visto que nascem com o indivíduo e

⁶ OLIVEIRA, Guilherme de. **Temas de direito da medicina**. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 59/72.

somente se extinguem com sua morte. Dessa forma, no exercício da atividade médica, o profissional tem o dever de obter o consentimento esclarecido do paciente, independentemente da complexidade que venha a ter o ato a ser praticado, variando apenas a maneira como esse consentimento poderá ser obtido.

O referido autor⁷ esclarece que a informação a ser dada ao paciente, com a finalidade de obter seu consentimento, deverá ser clara e objetiva, proporcional ao grau de instrução da pessoa que está sendo informada. Nesse sentido, aponta dois critérios: o padrão do doente médio e o padrão subjetivo do paciente. Na primeira hipótese, devem ser observados elementos importantes da informação, considerando o que uma pessoa de padrão médio acharia relevante para tomar sua decisão. Na segunda, devem ser levados em consideração aspectos relevantes do caso concreto, numa avaliação subjetiva do paciente. Todavia, com base em tal critério, o paciente estaria obrigado a fornecer indícios que levassem o médico a analisar sua situação individual e concreta, a partir das informações prestadas.

Acrescenta que a informação eficaz dada ao paciente deve funcionar como validadora do seu consentimento. Essa medida preventiva afasta qualquer mácula, seja no plano civil ou penal, que possa comprometer o ato médico. Por esse motivo, seguindo o raciocínio do autor em referência, é inviável que o consentimento seja baseado em informações de acordo com o caso concreto, numa apreciação subjetiva do estado do paciente.

O ato médico deve, portanto, cobrir-se com o manto da clareza das informações, independentemente do caso concreto. Dessa forma, o paciente consegue orientar-se em sua tomada de decisão, no sentido de submeter-se ou não ao tratamento indicado, numa precisa avaliação dos riscos que poderão advir de sua escolha. Feito assim, o ato médico estará apto a ser realizado.

⁷ OLIVEIRA, Guilherme de. Op. cit., pp. 59/72.

2. Origem do exercício da medicina

Segundo assinala André Gonçalo Dias Pereira⁸, na pré-história, o médico era tido como um xamã, por utilizar métodos de sugestão psicológica. Durante os séculos III e II a.C., tanto a morte como as doenças eram vistas como manifestação da vontade dos deuses. Por esse motivo, o médico era considerado um sacerdote, ostentando posição de superioridade em face do doente, já despontando a noção de responsabilidade médica.

Na Antiguidade, já existia a preocupação jurídica com a atividade médica, embora esta fosse vista nitidamente como obrigação de resultado, sem conceito de culpa, equiparando-se à atividade do empreiteiro. O capítulo XII do Código de Hamurabi tratava de honorários e penalidades profissionais, destacando-se os médicos, os veterinários, os barbeiros, os mestres de obra e os bateleiros. Os danos causados pelos médicos ensejavam responsabilidade patrimonial e, até mesmo, penalidades físicas, conforme estabeleciam os arts. 218 a 220⁹.

No mesmo sentido, afirma Fernanda Schaefer¹⁰ que, em seus primórdios, a medicina era exercida por feiticeiros, magos, curandeiros, sacerdotes e outros, tendo um conceito relacionado à religião. Dessa forma, o médico era visto como mensageiro dos deuses, não se admitindo atos falhos, que eram punidos com rigor. A função exercida pelo médico avocava uma ideia de inspiração religiosa, não se verificando a responsabilidade civil. Esta só veio a surgir, embora de maneira tímida, com a aplicação da vingança

⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direitos dos pacientes e responsabilidade médica**. Vol. 22. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 21/22.

⁹ Art. 218. Se um médico fez uma incisão difícil com lanceta de bronze em um homem livre ou se lhe abriu a região superciliar e destruiu o olho do homem, eles cortarão a sua mão.

Art. 219. Se um médico fez uma incisão difícil com lanceta de bronze no escravo de um homem vulgar e causou a sua morte, ele deverá restituir um escravo idêntico ao escravo morto.

Art. 220. Se ele abriu a região superciliar com lanceta de bronze e destruiu o seu olho, ele pesará a metade de seu preço.

¹⁰ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 18/19.

pessoal e da obrigação de indenizar em dinheiro a vítima e seus familiares. Esse sistema continha um misto de responsabilidade penal e responsabilidade civil.

Na Grécia antiga, Platão entendia que o médico não poderia ser punido, alegando que o ser humano morria por si mesmo, cabendo ao profissional da medicina somente a cura. Em contraponto, Hipócrates demonstrava-se insatisfeito ante a insuficiência das punições aplicadas aos médicos pelos tribunais gregos, nas hipóteses de erro. Com suas ideias, provocou grande mudança na arte da medicina, incluindo o médico, o paciente e a própria doença. Já àquela época, considerava que a atuação do médico deveria realizar-se em conjunto com o paciente.

Afirma André Gonçalo Dias Pereira¹¹ que, no século XVI, os erros médicos passaram a ser regulados, não havendo muita distinção entre os conceitos de culpa e dolo. Durante a Idade Moderna, ocorreu o progresso em várias áreas. No campo da medicina, destacou-se o princípio da culpa, que conseguiu se firmar ao longo dos últimos duzentos anos, apesar de ser objeto de críticas. No início da civilização humana, destacou-se o caráter físico das punições impostas aos médicos. Havia um misto de responsabilidade civil e penal, com a aplicação de punições pecuniárias em algumas hipóteses. Esclarece Fernanda Shaefer¹² que, somente no século XVIII, os erros advindos da falta de recursos tecnológicos foram diferenciados daqueles provocados por imperícia, negligência e imprudência dos médicos.

Acrescenta Fabrício Zamproga Matiello¹³ que o profissional da medicina era visto como um ser inatingível. Sua função aproximava-se de algo sagrado, provavelmente pela importância da atividade exercida. Assim, sua responsabilidade pelas consequências da atividade eram inexistentes, sobretudo porque não havia remuneração. Os direitos e deveres do médico

¹¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. Op. cit., p. 25.

¹² SCHAEFER, Fernanda. Op. cit., pp. 20/21.

¹³ MATIELLO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: LTr, 2014, p. 31.

foram estabelecidos quando passou a ser remunerado, equiparando-se a outros profissionais.

3. Responsabilização do médico nas legislações brasileira e portuguesa

Com a evolução da tecnologia e da sociedade, o exercício da medicina, atividade vital entre os povos, vem ganhando crescente relevo. Como corolário, com maior frequência, surgem mais implicações, sobretudo no campo do erro médico. Essas ocorrências ensejam uma gama de ações judiciais, invocando inúmeros casos de responsabilização civil do médico. Por sua relevância, essa matéria é objeto de análise não somente na doutrina, mas também na jurisprudência. Acrescente-se a isso o fato de o direito à saúde foi considerado pela Constituição brasileira, em seu art. 6º¹⁴, como sendo um dos direitos sociais. O exercício dessa prerrogativa está intimamente ligado à atividade do médico, além daquela exercida por outros profissionais da saúde.

João Lobo Antunes¹⁵ utiliza a expressão “nova medicina”, para enfatizar o avanço da sociedade, seja no aspecto científico ou tecnológico. Cita ainda outros fatores, a exemplo do aumento da expectativa de vida e da subdivisão da prática médica em diversas modalidades, que terminaram por provocar profundas mudanças na medicina. Afirma que “a medicina antes era simples, ineficaz e razoavelmente inócua e agora é complexa, eficaz e potencialmente perigosa”.

¹⁴ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁵ ANTUNES, João Lobo. **A nova medicina**. In RUEFF, Maria do Céu (coord.). Direito da medicina (eventos adversos, responsabilidade, riscos). Lisboa: Coleção Ensaio. Universidade Lusíada Editora, 2013, p. 13.

A Resolução CRM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (Código de Ética Médica), baseada em princípios fundamentais, prevê as normas referentes ao exercício da profissão do médico. Para o exercício da medicina, exige-se a inscrição no Conselho Regional do respectivo Estado ou do Distrito Federal. Em seu capítulo I, inciso I, define a medicina como sendo “uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade”, estabelecendo que “será exercida sem distinção de qualquer natureza”. Além de outras normas, prescreve os princípios fundamentais norteadores da atividade médica e, ainda, os direitos dos médicos, o sigilo profissional, sua remuneração profissional, a relação com pacientes e familiares, direitos humanos e responsabilidade profissional.

No direito brasileiro, ainda que de forma oblíqua, a responsabilidade do médico é tratada em várias legislações. Uma das mais conhecidas é o Decreto-Lei nº 20.931, de 11 de janeiro de 1932, que regula e fiscaliza o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, no Brasil. Em seu art. 11¹⁶, trata da responsabilidade no caso de erro, estabelecendo penas de suspensão e até mesmo de demissão, esta última no caso do exercício de função pública. No Código Civil brasileiro, a responsabilidade civil referente a vários profissionais é tratada principalmente nos arts. 186 e 951, sendo que este, de forma mais direta, faz referência aos arts. 948, 949 e 950.¹⁷

¹⁶ Art. 11. Os médicos, farmacêuticos, cirurgiões-dentistas, veterinários, enfermeiros e parteiras que cometerem falta grave ou erro de ofício, poderão ser suspensos do exercício da sua profissão pelo prazo de seis meses a dois anos, e se exercem função pública, serão demitidos dos respectivos cargos.

¹⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I- no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II- na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

No campo do direito penal, a atividade do médico é tratada de maneira esparsa. É que, no exercício de sua profissão, ele tanto pode cometer crimes comuns, aqueles que têm qualquer pessoa como agente causador, quanto crimes próprios, inerentes ao exercício da profissão. Assim, por sua conduta comissiva ou omissiva, o profissional da medicina poderá ser incurso, por exemplo, nos crimes contra a vida ou contra a integridade física. Além disso, há condutas que são atribuídas, exclusivamente, ao médico, podendo-se citar o art. 66, inciso II, do Decreto-Lei nº 3.648/61 (Lei das Contravenções Penais).

O citado dispositivo prevê pena de multa ao médico que deixar de comunicar à autoridade competente crime de ação pública de que teve conhecimento no exercício de sua profissão, desde que não dependa de representação ou exponha o paciente a procedimento criminal. O exercício da medicina também está previsto no art. 18, constante na parte geral do Código Penal, que trata do dolo e da culpa. No que se refere a esta última, o médico poderá ser punido por erro causado por imprudência, negligência ou imperícia.

No que se refere à legislação portuguesa, a matéria também é tratada nas esferas penal, administrativa e civil, sendo que o Código Deontológico da Ordem dos Médicos estabelece regras para o exercício da medicina. Segundo Gonçalo Castanheira¹⁸, se o médico, com sua atuação, violar bens jurídicos penalmente protegidos, deve ser punido por infrações das quais tenha culpa, aqui entendida em sentido amplo. Convém lembrar que, na maior parte dos casos em que o médico responde, a conduta é tipificada como culposa, em

Art. 949. No caso de lesão ou ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove ter sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

¹⁸ CASTANHEIRA, Gonçalo. **Responsabilidade profissional em saúde**. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 42/50.

seu sentido estrito. Portanto, a responsabilidade do médico é pautada em condutas dolosas, em menor escala. O Código Penal português prevê, em vários dispositivos, a responsabilidade delitual por negligência, especialmente, no art. 15^{o19}, que se aplica à atuação do médico. Tipifica o homicídio e a ofensa à integridade física, respectivamente nos arts. 137^o e 138^{o20}. Há, ainda, outras condutas descritas como infrações que somente poderiam ser perpetradas por profissionais da medicina, como a hipótese do art. 150^{o21}.

Acrescenta o autor referido a existência da responsabilidade disciplinar, perante a Ordem dos Médicos, em razão da transgressão de deveres deontológicos ou profissionais. Os profissionais da medicina podem ainda ser responsabilizados perante a administração pública ou entidade patronal privada, por quebra de disciplina, quando exercem suas funções com vínculo público ou privado, respectivamente. Por fim, anota que a

¹⁹ Art. 15^o. Negligência.

Age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz:

a) Representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime, mas actuar sem se conformar com essa realização; ou
b) Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto.

²⁰ Art. 137^o. Homicídio por negligência

1- Quem matar outra pessoa por negligência é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2- Em caso de negligência grosseira, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos.

Art. 148^o. Ofensa à integridade física por negligência.

1- Quem, por negligência, ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.

2- No caso previsto no número anterior, o tribunal pode dispensar a pena quando:

a) O agente for médico no exercício de sua profissão e do acto médico não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de 8 dias; ou
b) Da ofensa não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de 3 dias.

3- Se do facto resultar ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

4- O procedimento criminal depende de queixa.

²¹ Art. 150. Intervenções e tratamento médico-cirúrgicos.

1- As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por qualquer outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.

2- As pessoas indicadas no n^o anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando a *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.

responsabilidade do médico também ocorre no âmbito civil, quando o ilícito puder ser verificado na seara privada. Nesse caso, emerge o dever de indenizar a vítima ou seus familiares, na hipótese de ter aquela ido a óbito. Tal responsabilidade encontra guarida na regra geral prevista no art. 483º do Código Civil português.

4. Extensão da atividade do médico

A atividade do médico transita por várias relações jurídicas, com diversas implicações, sobretudo no que diz respeito à responsabilidade civil. Não se resume, pois, ao exercício da medicina, de forma pessoal. Com a evolução da sociedade e, especialmente, como resultado do avanço da tecnologia, há uma gama de especialidades no campo da medicina, dedicando-se alguns profissionais a mais de uma.

Muitas vezes, o médico atua sozinho; outras vezes, compõe uma equipe médica para determinados procedimentos. Pode ter também um vínculo empregatício com outro médico ou com um estabelecimento hospitalar. Em determinados casos, embora não atue em conjunto com uma equipe médica, compõe uma sociedade integrada por médicos e outros profissionais. Há, por fim, aqueles que exercem a função como múnus público, prestando serviços ao Estado. A respeito dessa variedade de atuações, anota Roberto Godoy²²:

O profissional médico pode ter várias situações de trabalho; ser empregado de estabelecimento hospitalar público ou privado; utilizar

²² GODOY, Roberto. **A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar.** In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria (coord.). Doutrinas essenciais: responsabilidade civil/direito fundamental à saúde. Vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 835.

consultório próprio ou de uma instituição para atender, num e noutro caso, pacientes particulares, conveniados ou ligados ao sistema público de saúde; pode ser apenas credenciado para internar em determinado hospital ou pode ter compromisso de atender doentes que procurem esse hospital; pode, ainda, trabalhar isoladamente ou em equipe e, o que é mais frequente, estar em algumas dessas situações ao mesmo tempo.

É indispensável situar a relação jurídica do médico, para que se possa estabelecer o tipo de responsabilidade que norteará a relação entre médico e paciente, na hipótese em que o profissional causar danos a este. Sérgio Cavaliéri Filho²³ destaca a atividade dos hospitais como sendo de alto risco. Esclarece que não existe incompatibilidade entre a responsabilidade objetiva solidária, definida pelo Código de Defesa do Consumidor, e a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares. Assim, o hospital somente responderá, civil ou penalmente, quando o evento decorrer de defeito na prestação do serviço, bastando provar que este não ocorreu, para eximir-se da responsabilidade. Frise-se, por oportuno, que o objeto deste estudo é a responsabilidade pessoal do médico, na condição de profissional liberal.

5. Direitos e deveres do médico e do paciente

Na prática do ato médico, o profissional, seja agindo de forma autônoma, ou esteja inserido numa equipe médica, estará vinculado a certos deveres. Tais obrigações são decorrentes do próprio contrato, ainda que este não exista na forma expressa. Maria Helena Diniz²⁴ aponta alguns deveres contidos, de forma implícita, no contrato firmado entre médico e paciente: dar

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., pp. 419/420.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 335/341.

informações, conselhos e esclarecimentos ao cliente; cuidar do enfermo, com zelo, utilizando-se dos meios disponíveis; abster-se de abuso ou desvio de poder.

Analisando o primeiro dever, a autora destaca que o médico será responsabilizado quando não der informações completas ao paciente, sobretudo acerca de diagnóstico, prognóstico, riscos, tipo de tratamento a ser aplicado etc. Ora, se o direito à integridade física é inerente à condição humana, devem ser prestadas ao paciente todas as informações que possam ter consequências sobre essa prerrogativa. Convém sempre lembrar que ele não está obrigado a submeter-se a tratamento médico. Assim, antes de ser submetido a uma cirurgia, o paciente deve ser informado de todos os riscos a ela vinculados, de forma que tenha condições de avaliar as consequências que possam advir.

A segunda obrigação inerente ao exercício da medicina é o cuidado que deve ter com o doente. Saliente-se que o cuidado não resulta necessariamente em cura, mas sim na utilização de todos os meios disponíveis para esse desiderato. Nesse aspecto, importante questão a ser esclarecida é o frágil liame que separa o inadimplemento natural do adimplemento, sem êxito, na cura ou no tratamento. Às vezes, apesar do insucesso, o médico empregou todos os meios possíveis, não podendo ser responsabilizado.

No que se refere à terceira obrigação (abster-se de abuso ou desvio de poder), a citada autora destaca que tal regra não deve ser vista de maneira absoluta. Esclarece que não pode ser vedada ao profissional a liberdade de tentar novos métodos científicos. Em consequência, tem caráter relativo o óbice a que o médico realize pesquisas e experiências sobre o corpo humano. Excepciona-se, no entanto, a imprescindibilidade determinada pelo enfrentamento de enfermidade que coloque o paciente em risco de morte.

Mais uma vez, está-se adentrando na seara dos direitos da personalidade para estabelecer um contraponto a esse dever, que é preservar

a integridade física do paciente. Nesse sentido, convém atentar para o fato de que nenhuma pessoa poderá ser constrangida a submeter-se, com risco de morte, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. Essa prerrogativa está prevista no art. 15 do Código Civil brasileiro. Nessa perspectiva, conclui-se que a cada direito da personalidade, que tem vinculação com a atividade do profissional da medicina, corresponde um dever a cargo deste. Tais obrigações devem ser estabelecidas de acordo com o direito da personalidade que lhe serve de base.

No ordenamento jurídico português, os direitos da personalidade estão previstos no art. 70º do Código Civil²⁵, bem como nos artigos 18º e 25º da Constituição da República²⁶. Este trata especificamente do direito à integridade pessoal, nele compreendidas a integridade física e a moral. Já o art. 18º da Carta Magna confere eficácia imediata às normas relativas aos direitos fundamentais.

André Gonçalo Dias Pereira²⁷ identifica alguns direitos da personalidade sobre os quais deverá ser edificada a relação entre o médico e o paciente, destacando-se os seguintes: a) direito à vida, com o consequente respeito da *leges artis*, na medida em que o paciente tem direito de receber os

²⁵ Art. 70º. Tutela geral da personalidade.

1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.
2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja julgar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

²⁶ Artigo 18º. Força jurídica.

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Art. 25º. Direito à integridade pessoal.

1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável.
2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

²⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias. Op. cit., pp. 155/157.

cuidados necessários e adequados ao seu estado de saúde; b) direito à integridade física da pessoa, englobando não só a obediência às regras da profissão, como também o consentimento esclarecido; c) direito à integridade moral da pessoa, o que implica o dever do médico de informar e de obter o consentimento informado; d) respeito à vida privada e familiar, com fundamento no dever de sigilo.

Como se sabe, os direitos da personalidade são oponíveis *erga omnes*. Merece destaque, sobretudo, o direito à integridade física, neste compreendidos vários outros direitos, quando se trata da atividade médica. Portanto, a violação desse direito se constitui em fato mais complexo, ante a perspectiva de que corolário da atividade desenvolvida pelo médico.

No Brasil, o dever de sigilo profissional está previsto nos arts. 73 a 79 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/2009).²⁸ Com base nesse dever, é vedado ao médico, até mesmo, prestar de informações sobre as circunstâncias que envolveram o óbito, no caso de empresas seguradoras. Tal vedação revela que o dever mencionado tem efeito *post mortem*, subsistindo à extinção da personalidade ocorrida com o falecimento. Mais do

²⁸ Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição :

- a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido;
- b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu depoimento;
- c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.

Art. 75. Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos, em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente.

Art. 76. Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

Art. 77. Prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito.

Art. 78. Deixar de orientar seus auxiliares e alunos a respeitar o sigilo profissional e zelar para que seja por eles mantidos.

Art. 79. Deixar de guardar o sigilo profissional na cobrança de honorários por meio judicial ou extrajudicial.

que a simples violação de sigilo, implica afronta ao direito à intimidade, por ser pressuposto da personalidade. Assim, ocorrendo infringência a um ou mais desses deveres, caberá ao paciente e, em certos casos, aos seus familiares o direito de ir a juízo pleitear a correspondente indenização, sem prejuízo de eventual sanção penal ou administrativa.

CAPÍTULO II

CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

1. Fatos jurídicos, obrigação e responsabilidade civil: aspectos

Fatos jurídicos são aqueles eventos que, de alguma maneira, incidem sobre o ordenamento jurídico, gerando efeitos, nem sempre coincidentes com os que foram desejados pelo agente. É importante ressaltar que determinado acontecimento, dependendo das consequências que possa trazer, pode ou não ser visto como fato jurídico. Um evento da natureza, como a chuva, esperada no período que lhe é peculiar, não pode, a princípio, ser considerado um fato jurídico, embora também possa estar vinculado a eventos originariamente naturais.

Todavia, a chuva pode ultrapassar a barreira do que é peculiar aos períodos de inverno, destruindo uma ponte e impedindo a passagem de uma carga que deveria ser entregue no destino, no dia em que o temporal ocorreu. Sem dúvida, essa ocorrência gerou repercussões na órbita jurídica. Ora, se a carga deveria ser entregue e não o foi, em razão da destruição da ponte causada pela chuva, obviamente, deu-se o incumprimento daquele contrato de transporte. Tal fato vai repercutir no ordenamento jurídico e, provavelmente, levar o inadimplente a invocar o evento da natureza como excludente de sua responsabilidade civil.

Outra hipótese ocorre, quando um médico vai fazer uma cirurgia em determinado paciente com risco de morte, marcada de urgência, e o paciente reside em outra região. Por conta de um atraso na conexão do voo, o médico não consegue chegar a tempo de realizar a cirurgia e o paciente vem a óbito. Nesse caso, há que se analisar a existência de dano ocasionado pela sua

ausência. É preciso verificar se, de alguma forma, o médico contribuiu para a ocorrência do dano ou aconteceu apenas em razão do atraso na conexão. Essa segunda hipótese ilidiria sua responsabilidade, sem prejuízo de ser atribuída a outrem, por exemplo, à companhia aérea, se for o caso.

Conforme assinam Sérgio Cavalieri Filho²⁹ e Carlos Roberto Gonçalves³⁰, os fatos jurídicos passam por uma classificação geral, dividindo-se, inicialmente, em fatos naturais e fatos humanos. Os primeiros advêm de eventos da natureza, mas têm repercussão jurídica; os segundos são originários da intervenção humana, sendo divididos em lícitos e ilícitos. O segundo autor citado³¹ reconhece também os atos-fatos jurídicos, que ocorrem quando a pessoa não tinha intenção, consciência ou vontade de cometê-los, mas que repercutem na órbita jurídica.

A ordem jurídica ratifica os atos considerados lícitos e reprime os ilícitos, aqueles que geram, na órbita civil, o dever de reparar o dano. Daí a distinção entre obrigação e responsabilidade: a primeira reside no dever originário de conduta positiva ou negativa, enquanto a segunda se constitui num dever sucessivo, observando-se quando é infringida a obrigação. Segundo esclarece Sérgio Cavalieri Filho³², a responsabilidade civil somente é cogitada na hipótese em que há violação de um dever jurídico, causando, em consequência, dano a outrem. A distinção entre os dois institutos é bem clara, sendo tratada pelo Código Civil brasileiro, em seu art. 389³³. Assim, a responsabilidade reside no incumprimento da obrigação, causando dano a

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 07/13.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Parte geral. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 316/318.

³¹ “É que há certas ações humanas que a lei encara como fatos, sem levar em consideração a vontade, a intenção ou a consciência do agente, demandando apenas o ato material de achar. Assim, o louco, pelos simples achado do tesouro, torna-se proprietário de parte dele. Essas ações são denominadas pela doutrina atos-fatos jurídicos, expressão divulgada por Pontes de Miranda” (GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 319).

³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., pp. 1/3.

³³ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

outrem, seja ela delitual ou contratual. O referido autor ³⁴ apresenta o seguinte conceito de responsabilidade:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Segundo Eduardo dos Santos Júnior ³⁵, a responsabilidade civil foi estabelecida a partir de elementos religiosos, penais e arbitrários. Inicialmente, traduzia-se a compensação do dano numa vingança coletiva do grupo ao qual pertencia a vítima, sem qualquer observância da intenção do agente. Acrescenta que a responsabilidade civil, aos poucos, foi se desvincilhando da responsabilidade penal, constituindo-se esta numa punição por ilícitos que atentam contra a sociedade como um todo.

Na atualidade, a responsabilidade civil tem como fundamento a reparação de um dano ou prejuízo, na esfera pessoal, seja de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos. De fato, para se viver em sociedade, existem determinadas regras que deverão ser observadas por todos. Exige-se um comportamento positivo ou negativo para cada situação, para que seja preservado o sistema jurídico. Infringida uma obrigação, emerge o dever de reparar o dano causado. Portanto, a responsabilidade advinda do contrato somente passa a existir na hipótese de incumprimento das obrigações dele originárias.

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 2.

³⁵ SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. **Direito das obrigações I**. Lisboa: AAFDL, 2014, pp. 273/274.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves³⁶, a palavra “responsabilidade” vem do latim *spondeo*, termo utilizado para solenemente vincular o devedor nos contratos verbais do direito romano. Toda atividade causadora de prejuízo tem conteúdo de responsabilidade civil. Desse modo, o ato ilícito resulta numa necessidade de restauração de um equilíbrio desfeito, seja ele moral ou patrimonial. Pedro Romano Martinez³⁷ afirma que a responsabilidade civil é uma das fontes de obrigações, vinculando-se à ideia de ressarcimento. Assim, quando alguém sofre prejuízos na esfera jurídica, estes serão suportados pelo causador do dano, desde que verificados os pressupostos respectivos.

No direito português, a responsabilidade civil tem como base o art. 483º do Código Civil ³⁸, que estabelece uma vinculação direta com a possibilidade de ressarcimento do dano sofrido. O citado dispositivo legal traz o princípio geral da responsabilidade civil, tratando tanto da responsabilidade delitual, na qual, por dolo ou culpa, é violado direito de outrem, como da responsabilidade de indenizar, independentemente da culpa.

2. Espécies de responsabilidade civil

Há deveres jurídicos de alcance geral e outros que são relativos a determinadas pessoas. A violação de tais deveres, com consequência danosa a outrem, faz surgir um novo dever jurídico, uma nova obrigação: a de reparar

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 21/22.

³⁷ MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das obrigações**. Programa 2010/2011. Apontamentos. Lisboa: AFDL, 2011, pp. 87/88.

³⁸ Art. 483º. Princípio geral.

1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos decorrentes da violação.

2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados em lei.

o dano causado. Anota Sérgio Cavalieri Filho³⁹ que a responsabilidade civil pressupõe conduta voluntária, seja omissiva ou comissiva, que viola um dever jurídico. Pode ser observada sob vários aspectos, dependendo da origem do dever e também do elemento subjetivo da conduta.

2.2 Responsabilidade penal e civil

Na análise dessa matéria, deve-se, inicialmente, verificar em qual tipo de responsabilidade vai incidir o comportamento ilícito do agente: se na responsabilidade civil ou na responsabilidade penal. Para tanto, é necessário, antes de outra medida, determinar a natureza da norma jurídica da qual se origina o direito violado pelo agente. Caso exista interesse público, consubstanciado em norma pública, de caráter penal, estar-se-á diante do segundo tipo de responsabilidade. Por outro lado, envolvendo interesses privados, com infração de norma de natureza civil, evidencia-se o primeiro tipo de responsabilidade.

Acrescenta Sérgio Cavalieri Filho⁴⁰ que não existe qualquer óbice a que, em um mesmo comportamento ilícito, ocorra a violação de direitos tanto na esfera pública como na esfera privada. Assim, determinada conduta tipificada como criminosa e, portanto, sujeita às normas penais, também poderá gerar efeitos na órbita civil, com a consequente reparação à vítima ou a seus familiares. É o que acontece, por exemplo, quando dois motoristas disputam uma corrida e, em razão do excesso de velocidade, acabam por atropelar alguém que transitava regularmente pelo local. Nessa hipótese, caracteriza-se o dolo eventual, já que assumiram o risco de produzir aquele resultado danoso, fato que ensejará a responsabilização de ambos na seara

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., pp. 2 e 15.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., pp. 15/16.

criminal. Além disso, a vítima ou seus familiares (na hipótese de ter o acidente sido fatal) poderão acionar os responsáveis e exigir uma reparação pelos danos sofridos.

2.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva

2.2.1 Conceito

Nessa classificação, importante, sobretudo, em relação ao que deve ser demonstrado, para fins de configurar o dever do ônus da prova, divide-se a responsabilidade em subjetiva e objetiva. A primeira, também denominada aquiliana, tem como base a ideia de culpa. É, portanto, necessário que a culpa do lesante, aliada a outros requisitos, esteja explicitada, para que configurado esteja o dever de indenizar. Convém destacar que o conceito de culpa é considerado no seu sentido amplo.

A culpa abrange tanto o dolo (quando o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo), como a culpa em seu sentido estrito. Esta é evidenciada no ilícito praticado com imprudência, negligência ou imperícia. Já a responsabilidade objetiva prescinde, em sua essência, da prova da culpa, sendo fundamentada, juntamente com os demais requisitos, na ideia de dano, cabendo ao agente provar a sua não-culpa. É, na realidade, uma responsabilidade que tem como base a presunção de culpa.

O Código Civil brasileiro de 2002, de forma geral, fundamenta a responsabilidade na ideia de culpa, recepcionando a regra do Código Civil anterior, de 1916. No entanto, deu maior amplitude à responsabilidade objetiva, malgrado não tenha tratado com profundidade o tema referente à responsabilidade civil. Nesse sentido, é oportuna a observação de Carlos

Roberto Gonçalves⁴¹, quando critica a timidez do novo Código Civil. É que, embora tenha sistematizado a matéria em um capítulo específico, ampliando a responsabilidade objetiva, não tratou de questões importantes, tais como o estabelecimento da extensão do dano moral e sua liquidação. Percebe-se, então, que não houve grandes inovações, levando António Menezes Cordeiro⁴² a reconhecer, com muita propriedade, que a legislação civil de 2002 se manteve muito próxima ao conjunto de normas contidas no Código Civil de 1916.

Esclarece Pedro Romano Martinez⁴³ que a responsabilidade subjetiva ou aquiliana é também denominada de delitual, uma vez que pressupõe o comportamento ilícito e culposos do agente. Considera-se, nesse caso, a culpa em seu sentido estrito. Um contraponto a ela diz respeito aos danos causados por atuação lícita do agente, como na servidão de passagem. Em tal situação, exigir-se-á compensação de danos, pelo fato de o agente ter causado prejuízo a terceiros, mesmo que lícita sua conduta.

Ao analisar o direito português, Eduardo dos Santos Júnior⁴⁴ assinala três espécies de responsabilidade civil. A primeira é a responsabilidade subjetiva ou por fato ilícito e culposos. É a regra geral, prevista nos arts. 483º e 798º⁴⁵ do Código Civil, cujos pressupostos estão contidos no primeiro. A segunda é a responsabilidade objetiva ou pelo risco. Tem por objetivo fazer a distribuição dos riscos da atividade. A terceira é a responsabilidade pelo

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 23.

⁴² CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português II: gestão de negócios, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil**. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2010, p. 383.

⁴³ MARTINEZ, Pedro Romano. Op. cit., pp. 90/92.

⁴⁴ SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. **Direito das obrigações I**. Lisboa: AAFDL, 2014, pp. 272/293.

⁴⁵ Art. 483. Princípio geral.

1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios, fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

Art. 798º. Responsabilidade do devedor.

O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor.

sacrifício, conforme o autor, impropriamente chamada de responsabilidade por fato lícito. Prevê a compensação do lesado, ainda quando a conduta causadora do dano tenha sido lícita.

A regra geral do Código Civil brasileiro de 2002 continuou sendo a da responsabilidade subjetiva, prevista na legislação de 1916, intrinsecamente ligada à ideia de culpa. Esta é apontada por Orlando Gomes⁴⁶ como sendo um elemento independente na composição do ato ilícito, não se confundindo com nenhum dos outros. A lei civil em vigor, embora trate da responsabilidade objetiva de forma esparsa, tem como base a responsabilidade subjetiva. O ato ilícito é definido, de forma clara, nos arts. 186⁴⁷ e 187⁴⁸, conjugados ao art. 927, *caput*⁴⁹, do mesmo diploma legal. Neles, está prevista a obrigação de reparar o dano, no caso de cometimento de ilícito, explicitando os pressupostos da responsabilidade civil.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho⁵⁰, a culpa é o principal elemento da responsabilidade civil, considerada em seu sentido amplo, já que implica a ausência do dever de cautela na prática de determinado ato. Todavia, a vítima somente fará jus à indenização, se provar que houve culpa do agente. Lembra que, em outros casos, o Brasil adota a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco, prevista nos arts. 927, parágrafo único, e 931⁵¹, ambos do Código Civil. Nessa hipótese, a responsabilidade baseia-se na quebra do

⁴⁶ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto atualizado, revisado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 68.

⁴⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁴⁸ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁴⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a reparar.

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 17/18.

⁵¹ Art. 927. (*omissis*)

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

dever de segurança, de forma que independe da prova de culpa. Surge quando o agente causa dano a outrem, cabendo-lhe provar sua não-culpa. Nesse caso, é necessária apenas a prova de que houve o dano, bem como a comprovação de nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o prejuízo sofrido pela vítima.

Carlos Roberto Gonçalves⁵² esclarece que a responsabilidade civil, baseada na ideia de culpa, começou a evoluir quando se passou a observar o instituto de maneira objetiva. Numa nova etapa dessa evolução, a responsabilidade individual caminha para a responsabilidade social. Em consequência, os prejuízos são suportados por toda a coletividade, como é o caso dos seguros obrigatórios de automóveis. Na verdade, em termos de responsabilidade civil, o Brasil adota um sistema misto, englobando tanto a responsabilidade aquiliana, fundamentada na verificação da culpa, dentre outros requisitos, como a responsabilidade objetiva, na qual se provam apenas o dano e o nexo de causalidade.

Apesar disso, a legislação civil brasileira acrescentou nova nuance à questão da responsabilidade, fugindo a esse sistema dualista, com o advento da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). É que esse diploma unifica os dois regimes, baseando-se nas relações de consumo, garantidas ou não por contratos, tendo como fundamento o dever de segurança. Acerca do assunto, assinala Sérgio Cavalieri Filho⁵³:

O Código do Consumidor, como se verá, superou essa clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual no que respeita à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. Ao equiparar ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (Código de Defesa do Consumidor, art. 17), submeteu a responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento dessa responsabilidade é a violação do dever de segurança – o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo.

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. Op cit., p. 23.

⁵³ CAVALIERI FILHO. Sérgio. Op. cit., p. 17/18.

Como ficou claro, essa nova forma de responsabilidade baseia-se essencialmente nas relações de consumo. Com esse objetivo, o art. 17 do Código de Defesa do Consumidor⁵⁴ equipara todas as vítimas de determinado fato ligado às questões consumeristas à figura do consumidor. Dessa forma, estabelece tratamento único, calcado na responsabilidade objetiva, originária no defeito do produto ou do serviço. Forma-se, por assim dizer, uma cadeia de consumo, considerando-se, sobretudo, a natureza consumerista da violação. O citado diploma legal tem como base a responsabilidade objetiva. No entanto, há exceções, a exemplo dos profissionais liberais, matéria que será vista quando for tratada a responsabilidade dos médicos propriamente dita.

2.2.2 Requisitos

O art. 186 do Código Civil descreve o que configura o ato ilícito. Dessa forma, traz implicitamente os requisitos da responsabilidade baseada na culpa, denominada subjetiva ou aquiliana. São eles: ação ou omissão voluntária do agente (negligência ou imprudência), dano, nexo causal entre a ação ou omissão e o dano provocado. Em relação ao primeiro requisito, convém ressaltar que o agente tanto poderá incidir num comportamento positivo, quando pratica determinado ato, como numa conduta omissiva, quando deixa de fazer algo a que estaria obrigado. Esse requisito corresponde justamente à culpa, considerada aqui em seu sentido mais amplo. Tanto abrange o dolo (vontade de produzir o resultado ou assunção do risco de produzi-lo), como a culpa em sentido estrito.

⁵⁴ Art. 17. Para os efeitos dessa Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Na responsabilidade subjetiva, conforme lição de Maria Helena Diniz⁵⁵, é necessária a prova da culpa, para que emergja o dever de reparação pelo agente. Por sua vez, a responsabilidade objetiva prescinde de prova da culpa, sendo irrelevante a conduta dolosa ou culposa do agente. Basta a prova de existência do nexo causal entre o dano e o comportamento do agente. Assim, segundo a legislação brasileira, numa relação de consumo, provados o dano e o nexo causal, independentemente do comportamento do agente, configurado está o dever de indenizar.

O segundo requisito (o dano), é considerado em várias esferas do direito. Pode ser moral ou material, podendo, ainda, resultar da conjugação de ambos. O primeiro caracteriza-se quando são atingidos valores jurídicos ligados à esfera subjetiva do indivíduo. Em qualquer das duas hipóteses, o dano deve estar efetivamente provado para que se configure o dever de indenizar.

O terceiro requisito e, talvez o que mais desdobramentos doutrinários tenha, é o nexo de causalidade. implica a necessidade de vincular o prejuízo sofrido, seja moral ou patrimonial, ou ambos, ao comportamento do agente. Muitas vezes, resta demonstrado o dano, mas não se comprova que tenha ocorrido em razão do comportamento doloso ou culposos do agente. Com efeito, o único requisito da responsabilidade subjetiva que não incide nas hipóteses de responsabilidade objetiva é a ação dolosa ou culposa do agente, sendo a esta aplicáveis os outros dois pressupostos.

2.3 Responsabilidade contratual e extracontratual

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147.

Segundo Mauro Bilancetti⁵⁶, a responsabilidade contratual advém de uma conduta humana ilegal, seja ativa ou omissiva. Em consequência, prejudica um interesse jurídico de terceiro, diretamente protegido, tendo como base uma relação jurídica preexistente. É essa condição que a diferencia da responsabilidade extracontratual, já que é originária da violação de uma obrigação geral, a todos imposta, de não causar dano a outrem. Na responsabilidade contratual, são atingidos direitos originários de uma avença, uma vez que ela emerge em face do incumprimento de uma obrigação. Já na responsabilidade extracontratual, não há qualquer ligação anterior entre as partes, sendo, portanto, proveniente da violação do dever genérico de não causar dano a outrem.

António Menezes Cordeiro⁵⁷ afirma que, em Portugal, também se adota o sistema híbrido. Ressalva, porém, que existem dois grandes tipos de responsabilidade: a obrigacional e a aquiliana. A primeira está prevista no art. 798º e seguintes do Código Civil, tendo origem da inobservância de uma obrigação por parte do devedor. Por seu turno, a responsabilidade aquiliana, prevista no art. 483º, 1, do mesmo diploma legal, nasce da violação ilícita e culposa de um direito tutelado.

Em seguida, o citado autor aponta a principal diferença entre as espécies de responsabilidade: a obrigacional pressupõe vínculo materializado num contrato, ao passo que a aquiliana consiste em afronta a deveres genéricos. Nesse caso, não há vínculo específico entre as partes envolvidas, surgindo este apenas com a prática do ato ilícito e com a verificação de outros pressupostos. Esclarece, por fim, que a responsabilidade obrigacional visa a prolongar a função do contrato, surgindo o fato ilícito somente na hipótese de incumprimento de alguma obrigação nele estabelecida.

O dever de reparação surge quando um direito é violado. Sob esse ângulo, a responsabilidade civil se divide em contratual e extracontratual. A

⁵⁶ BILANCETTI, Mauro. **La responsabilità penale e civile del medico**. Padova: Cedam, 1995, p. 255.

⁵⁷ CORDEIRO, António Menezes. Op. cit., pp. 383/391.

primeira pressupõe uma relação jurídica anterior entre as partes, de forma que nasce do não cumprimento do contrato. Na hipótese da responsabilidade extracontratual, ao contrário da relação jurídica de natureza contratual entre as partes, está-se diante de uma relação jurídica que surge no momento em que há ofensa a algum direito pela prática de um ilícito.

Observa-se, portanto, que a transgressão, no caso da responsabilidade contratual, reside no não cumprimento do contrato. Esse requisito torna necessária a existência de um contrato entre as partes, implicando o inadimplemento no ilícito contratual. Na hipótese de responsabilidade extracontratual, não existe relação anterior entre as partes, constituindo-se o ilícito na violação de um dever legal.

Eduardo dos Santos Júnior⁵⁸ reconhece ainda a responsabilidade pelo sacrifício, afirmando ser impropriamente denominada de responsabilidade por fato lícito. Tal responsabilidade se baseia no princípio de que o lesado deve ser compensado pelos danos causados. Na realidade, trata-se da responsabilidade pelos danos que a conduta lícita pode causar a alguém.

André Gonçalo Dias Pereira⁵⁹ afirma que, na ausência de contrato, na impossibilidade de contratação (seja pela menoridade ou pelo estado inanimado do paciente, por exemplo), ou em razão da nulidade do contrato, a responsabilidade é delitual. Essa matéria tem previsão no art. 483º e seguintes do Código Civil português, sendo que o primeiro traz o princípio geral respectivo. Acentua ainda as diferenças havidas, no direito lusitano, entre a responsabilidade contratual e a delitual. Isso ocorre com relação ao ônus da prova, que incumbe ao lesado, na responsabilidade extracontratual e ao devedor, nos casos de responsabilidade contratual. Ocorre também seja em relação à prescrição que, na pretensão originária do contrato, é de vinte anos, ao passo que, na responsabilidade extracontratual, é de três anos.

⁵⁸ SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. Op. cit., pp. 272/293.

⁵⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direitos dos pacientes e responsabilidade médica**. Vol. 22. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 746/749.

3. Excludentes da responsabilidade civil

O já referido art. 186 do Código Civil, pilar da responsabilidade aquiliana no ordenamento jurídico brasileiro, traz a definição de ato ilícito, dispondo também sobre os requisitos da responsabilidade civil. Entretanto, há situações concretas em que, embora o agente tenha sido responsável pela ação ou omissão causadora do dano, a ilicitude é afastada. Convém esclarecer que, na maior parte dos casos, exclui-se a ilicitude, mas não o dever de reparação dos prejuízos causados.

Carlos Roberto Gonçalves⁶⁰ aponta os meios de defesa ou as excludentes de ilicitude, que são: o estado de necessidade; a legítima defesa, o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento do dever legal; a culpa exclusiva da vítima; o fato de terceiro; o caso fortuito e a força maior; a cláusula de não-responsabilidade ou de não-indenização. O estado de necessidade está previsto no art. 188, II, do Código Civil⁶¹, constituindo-se numa causa de exclusão de ilicitude. Porém, nesse caso, é possível ocorrer a deterioração ou destruição de coisa alheia e, ainda, lesão a terceiros. Justifica-se, especialmente, em situações em que o agente se vê diante da necessidade absoluta de remover perigo iminente. Exige-se, no entanto, que o ato seja praticado dentro do estritamente necessário para a remoção de tal perigo.

Apesar de estar justificada a conduta do agente pela excludente do estado de necessidade, a obrigação de reparar eventual prejuízo causado com sua ação não é ilidida, nos termos dos arts. 929 e 930 do Código Civil.⁶²

⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., pp. 464/484.

⁶¹ Art. 188. Não constituem atos ilícitos: (...) II- a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

⁶² Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Tem o agente a obrigação de reparar o dano, ainda que causado por comportamento lícito. A ilicitude do comportamento do agente foi excluída, em razão da presença da justificadora. Entretanto, não há como deixar de considerar o fato de que foi causado prejuízo a alguém, impondo-se o dever de reparação. O referido autor critica a obrigação de reparar o dano nas hipóteses em que a ilicitude foi excluída. Fundamenta seu ponto de vista, alegando que esse dever desencoraja o agente de afastar o prejuízo iminente, podendo conduzir a injustiças. Segundo esclarece, seria melhor que o juiz arbitrasse o valor da reparação. É que, no art. 929 do Código Civil, está previsto que o agente deverá ressarcir todo o prejuízo causado.

A legítima defesa e o exercício regular de um direito estão previstos no inciso I do art. 188 do Código Civil⁶³, ambos considerados como excludentes de ilicitude. É importante fazer algumas considerações acerca da legítima defesa, sobretudo no que diz respeito ao prejuízo causado a terceiros. Nessa hipótese, embora a culpabilidade seja excluída, não o é a antijuridicidade. Dessa forma, o agente somente se exime de reparar eventuais prejuízos causados, se seu ato foi praticado contra o próprio agressor, por ser medida justa. Todavia, caso uma terceira pessoa venha a sofrer algum prejuízo, para que o agente possa se defender da agressão injusta, este terá que reparar os danos causados na sua ação. A mesma obrigação acontece nas hipóteses de erro na execução e de legítima defesa putativa.

De maneira geral, deverá haver indenização, quando o ato ilícito causa prejuízo à vítima. No entanto, o art. 188 apresenta situações que excluem a ilicitude da conduta do agente. É complementado pelos arts. 929 e 930, que destacam os casos em que, mesmo com a exclusão da ilicitude da conduta do

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

⁶³ Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

agente, subsiste o dever de reparar os danos causados por sua ação. Nos casos em que se configura a culpa exclusiva da vítima, a responsabilidade do agente é excluída, já que não se verifica um dos requisitos da responsabilidade civil: o nexo causal. Impende frisar que a ruptura do nexo causal somente ocorre nas hipóteses em que a culpa é exclusivamente da vítima, sem qualquer participação do agente, para que se possa vincular o dano ao seu comportamento.

Entretanto, quando se verifica a participação do agente no evento, embora a vítima tenha dado sua parcela de contribuição, a responsabilidade é dividida entre eles, implicando para ambos o dever de reparar. Nessa hipótese, deverá haver uma graduação no valor a ser indenizado, de acordo com o grau de participação do agente. Para essa avaliação, deve-se observar a medida da culpa da vítima naquele resultado danoso, de maneira que deverá ser feita a constatação caso a caso.

Muitas vezes, a conduta do agente não é a causa do dano, não sendo este verdadeiramente responsável pelo ilícito, mas sim um terceiro que, na realidade, o provocou. Observe-se que o fato de terceiro, por si só, não faz com que o agente se exima de reparar os prejuízos sofridos, embora não seja o responsável pela ação. Assim, mesmo não sendo o causador dos danos sofridos, o agente é obrigado a pessoalmente repará-los. Cabe-lhe, então, impetrar ação regressiva contra o responsável pelo dano. Muitas vezes, o agente utiliza-se do instituto da denúncia da lide, instaurando uma lide secundária, com base nos arts. 125, inciso III, do Código de Processo Civil.⁶⁴

Com efeito, a culpa de terceiro não isenta o causador do dano de reparar os prejuízos. Porém, esclarece Carlos Roberto Gonçalves⁶⁵ que esse pressuposto pode ser afastado, quando o fato for inteiramente imprevisível e a causa exclusiva do prejuízo. Em tal hipótese, equipara-se ao caso fortuito,

⁶⁴ Art. 125. É admissível a denúncia da lide, promovida por qualquer das partes: (...) II- àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., pp. 464/484.

pela imprevisibilidade e inevitabilidade, de modo que o nexo causal deixa de existir.

O caso fortuito e a força maior tinham aplicação distinta na lei civil anterior. Com o advento do Código Civil de 2002, foram equiparados, como se sinônimos fossem. Tanto que o art. 393⁶⁶, que dispõe sobre essa matéria, colocou entre eles a partícula “ou”. Além disso, define-os, unitariamente, em seu parágrafo único, como sendo um fato necessário, de efeitos inevitáveis. Embora ambos sejam inevitáveis por excelência, é bem verdade que persiste a distinção doutrinária havida entre eles. Para a doutrina, o caso fortuito consiste naquele evento imprevisível e irresistível. Já a força maior, apesar de também ser irresistível, pode ser previsível, como ocorre com os eventos naturais. Ressalte-se que os efeitos jurídicos são os mesmos.

A responsabilidade também é afastada pela cláusula de não-responsabilidade ou de não-indenização. Tal cláusula divide a doutrina. Para alguns doutrinadores, ela envolve interesses sociais, principalmente nos casos de contrato de adesão. Segundo Carlos Roberto Gonçalves⁶⁷, a cláusula não encontra repercussão no direito pátrio, não podendo ser admitida no contrato de transporte, consoante o *caput* do art. 734 do Código Civil.⁶⁸ Também não é admitida pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), conforme arts. 24, 25, *caput*, e 51, incisos I e II⁶⁹. Um

⁶⁶ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não houver por eles se responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., pp. 481/492.

⁶⁸ Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

⁶⁹ Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresse, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores (...)

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I- impossibilitem, exonorem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos.

contraponto à falta de receptividade, na legislação brasileira, da inserção da cláusula da não-responsabilidade seria o princípio da autonomia da vontade, que deve reger os contratos. Por outro lado, na jurisprudência, são crescentes os casos em que cláusulas dessa natureza, afastando a responsabilidade, no caso de incumprimento ou de cumprimento parcial do contrato, são declaradas nulas.

No direito português, a excludente em análise está prevista no art. 340º do Código Civil⁷⁰, sob a expressão “consentimento do lesado”. Em consequência, é excluída a ilicitude do ato danoso, desde que haja anuência da parte lesada. Eduardo dos Santos Júnior⁷¹ argumenta que a responsabilidade civil tutela interesses privados, os quais, na maioria das vezes, são disponíveis. Dessa maneira, não pode ser considerada ilícita a atuação do agente, se o próprio lesado prescindiu da tutela de seu direito. Acrescenta que o único óbice à abdicação ocorre se o ato consentido for contrário à lei ou aos bons costumes. Nessas hipóteses, nem mesmo o consentimento do lesado poderá afastar a ilicitude da conduta.

Em seu estudo, o citado autor aborda a figura prevista no art. 340º, 3, do Código Civil português: o consentimento tácito. É ilustrado pelo exemplo do médico que realiza cirurgia de urgência e com riscos, para salvar a vida de um paciente, mas que ficaram sequelas. No entanto, os danos não poderão ser invocados pelo paciente, considerando-se que as circunstâncias, bem como o fato de ter a lesão ocorrido no interesse do lesado, constituem-se num

Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II- subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; (...)

⁷⁰ Art. 340º. Consentimento do lesado.

1. O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão.
2. O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes.
3. Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.

⁷¹ SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. **Direito das obrigações I**. Lisboa: AAFDL, 2014, pp. 319/320.

consentimento presumido. Como tal, não está a conduta do profissional caracterizada como ilícita.

Pedro Romano Martinez⁷² assevera que o art. 809º do Código Civil português⁷³ se constitui num óbice a que o credor possa antecipadamente renunciar ao direito de ser indenizado, na hipótese de incumprimento da avença. Existe, no entanto, uma exceção prevista no nº 2 do art. 800º do mesmo diploma legal. Ainda sobre o assunto, ao tratar das causas de justificação, anota António Menezes Cordeiro⁷⁴:

O consentimento do lesado encontra sua justificação básica na liberdade pressuposta pelos direitos subjectivos. Por definição: sendo direitos, não têm de ser exercidos; além disso, eles envolvem, para o seu titular, a possibilidade de permitir ingerências no âmbito de sua própria permissão normativa específica de actuação. Podemos extrapolar a figura do consentimento do lesado para outras posições activas permitidas e, designadamente, para o domínio das permissões genéricas ou liberdades.

Como se observa, o citado autor aponta os requisitos do consentimento do lesado como sendo a disponibilidade do direito um ato de consentimento e um ato lesivo. Segundo esclarece, o instituto encontra justificativa na liberdade dos direitos subjetivos. Assim sendo, mesmo que sejam direitos, não têm que ser necessariamente exercidos.

⁷² MARTINEZ, Pedro Romano. **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida**. Vol. II. In FREITAS, José Lebre de (coord.). Lisboa: Almedina, 2011, pp. 481/482.

⁷³ Artigo 809º. Renúncia do credor aos seus direitos.

É nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no nº 2 do art. 800º.

⁷⁴ CORDEIRO, António Menezes. Op. cit., pp. 502/505.

CAPÍTULO III

ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

1. Natureza jurídica da responsabilidade civil do médico

André Gonçalo Dias Pereira⁷⁵ observa, em seu estudo, o aumento constante dos casos de responsabilidade civil do médico, sobretudo o número de demandas judiciais. Segundo esclarece, esse fenômeno tem como causa a evolução científica e técnica da medicina, bem como a especialização dos profissionais da saúde. São fatores que aumentam as expectativas dos pacientes. Para ele, cada ramo da medicina que surge corresponde a um novo tipo de responsabilidade.

Importante questão é estabelecer a natureza jurídica da prestação de serviços médicos. No direito brasileiro, essa relação é considerada como sendo de consumo, o que é discutível, ante as peculiaridades que envolvem a prática médica. Não se pode olvidar que a relação entre médico e paciente vem assumindo novos contornos, pautados, sobretudo, no princípio da dignidade da pessoa humana, um dos esteios do Código Civil de 2002. Com o advento da nova lei civil, a pessoa humana passou a ocupar o centro das relações, devendo ser respeitada em sua autonomia privada, dentro dos limites legais, especialmente no que diz respeito à sua integridade física.

A responsabilidade do médico, segundo Maria Helena Diniz⁷⁶, é contratual, ainda que tenha sido tratada na parte geral do Código Civil brasileiro. Dessa forma, raramente terá caráter delitual, hipótese que requer

⁷⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direitos dos pacientes e responsabilidade médica**. Vol. 22. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 42/43.

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 333/334.

violação das normas penais ou reguladoras da profissão. A citada autora fundamenta seu ponto de vista, alegando que o médico não assume o dever de curar o paciente que está sob seus cuidados. Sua obrigação legal é, tão somente, dar-lhe um tratamento adequado, de maneira que a capacidade profissional é presumida, decorrendo a responsabilidade do médico da comprovação da culpa. Lembra que o parágrafo único do art. 1º do Código de Ética Médica⁷⁷ descarta a presunção da culpa para a condenação do médico. A mesma regra é estabelecida no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, inciso VIII). Assim, cabe ao médico provar que não houve conduta culposa, tratando-se de uma hipótese peculiar de culpa.

No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves⁷⁸, embora tenham ocorrido inúmeras discussões sobre a natureza jurídica da prestação de serviços médicos, atualmente é considerada como sendo contratual. Apesar disso, não se está diante de hipótese de culpa presumida, cabendo ao prejudicado comprovar a culpa do médico, traduzida em negligência, imprudência ou imperícia. Embora a atividade médica esteja incluída entre os contratos de prestação de serviços, não se confunde com nenhum contrato dessa natureza, já que não se busca uma obrigação de resultado. Depreende-se, então, que a obrigação principal do médico é o atendimento adequado e a observação dos princípios éticos. O dever geral de cautela, aliado ao saber próprio do médico, implicam o dever geral de bom atendimento.

Apesar de ser apontada como contrato de prestação de serviços, a atividade desenvolvida pelos profissionais da medicina não se assemelha aos contratos de mesma natureza. É que, nas avenças para fins de prestação de serviços, o resultado específico é algo esperado como sendo o próprio adimplemento do contrato. Quando se trata da prestação de serviços

⁷⁷ É vedado ao médico:

Art. 1º. Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

médicos, não há como cobrar um resultado específico, consistindo a execução dessa atividade no emprego dos meios adequados à cura ou ao tratamento do doente. O médico não tem como garantir a cura do paciente, devendo apenas buscar o tratamento mais adequado, fazendo uso dos meios disponíveis e necessários à cura.

Fazendo um contraponto, Roberto Godoy⁷⁹ não entende a atividade médica como sendo diferente de outros contratos de prestação de serviços. Em defesa desse entendimento, afirma que os próprios médicos utilizam a expressão “prestar serviços”. A expressão consta no inciso VII do capítulo I do Código de Ética Médica⁸⁰, sendo também reconhecida pela legislação pátria. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, § 4º, define regras específicas para a responsabilidade civil dos profissionais liberais, aí incluídos os médicos. Reconhece o autor que a única especificidade do contrato de serviços médicos merecedora de destaque é o fato de ser composto, quase em sua totalidade, por normas cogentes. Acrescenta que tanto o médico como o paciente se submetem a elas. A diferença é que o primeiro está obrigado a agir, enquanto o segundo tem obrigação de submeter-se ao tratamento.

Pedro Romano Martinez⁸¹ trata da responsabilidade obrigacional e extraobrigacional, situando a relação entre o médico e o paciente ou entre este e o hospital como contrato de prestação de serviços atípico. A esse respeito, aponta o regime especial do mandato (art. 1.156⁸² e seguintes do

⁷⁹ GODOY, Roberto. **A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar**. In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria (orgs.). Doutrinas essenciais: responsabilidade civil/direito fundamental à saúde. Vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012., pp. 835/836.

⁸⁰ Capítulo I

VII- O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

⁸¹ MARTINEZ, Pedro Romano. **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida**. Vol. II. In FREITAS, José Lebre de (coord.). Lisboa: Almedina, 2011, pp. 462/468.

⁸² Art. 1.156º Regime.

Código Civil português). Se, durante a execução do serviço, forem causados danos ao paciente por médico contratado por hospital, responde o hospital, de forma obrigacional, por fato de terceiro. Portanto, configura-se como objetiva a responsabilidade do hospital, conforme dispõe o art. 800⁸³, 1, do citado diploma legal. É, portanto, irrelevante a natureza do vínculo que o paciente possua com o médico.

Entende o citado autor que o contrato entre médico e paciente é de prestação de serviços atípico, denominado comumente de contrato de prestação de serviços médicos. Porém, a responsabilidade do profissional não é objetiva, devendo o julgador, para fins da verificação da culpa, basear-se na análise do serviço prestado. Nesse aspecto, convém atentar para a situação em que a relação entre o médico e o paciente assume a feição de gestão de negócios, prevista no art. 464⁸⁴ e seguintes do Código Civil português. Tal situação ocorre, sobretudo, quando o paciente está inconsciente, sendo seu consentimento considerado de forma presumida. Nesse caso, responde o médico pelos danos resultantes de sua conduta inadequada, caracterizadora de culpa, de acordo com o art. 466⁸⁵, 1.

Ressalte-se, ainda, que o contrato de prestação de serviços médicos não tem forma prescrita em lei, passando a existir com o simples atendimento do paciente. Acerca do momento em que o contrato se aperfeiçoa entre médico e paciente, anota Roberto Godoy:⁸⁶

As disposições sobre o mandato são extensivas, com as necessárias adaptações, às modalidades do contrato de prestação de serviço que a lei não regule especialmente.

⁸³ Artigo 800º Actos dos representantes legais ou auxiliares.

1. O devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utiliza para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor. (...)

⁸⁴ Art. 464º Noção.

Dá-se a gestão de negócios, quando uma pessoa assume a direção de negócio alheio no interesse e por conta do respectivo dono, sem para tal estar autorizada.

⁸⁵ Art. 466 Responsabilidade do gestor.

1. O gestor responde perante o dono do negócio, tanto pelos danos a que der causa, por culpa sua, no exercício da gestão, como aqueles que causar com a injustificada interrupção dela. (...)

⁸⁶ GODOY, Roberto. Op. cit., pp. 836.

Deve-se estabelecer como o momento do aperfeiçoamento a realização da primeira consulta, pois parece-nos que a simples marcação desta não obriga as partes. (...) Uma vez realizada a primeira consulta, é tácito o acordo de vontades, quando não expresso. Situação em tudo semelhante é a visita domiciliar, em que o pedido por telefone corresponde à marcação e a visita, à consulta. A partir do momento da primeira consulta, poderá haver desistência, de uma ou de outra parte, mas as obrigações já estão estabelecidas e o distrato deverá ser feito de acordo com as normas do contrato.

André Gonçalo Dias Pereira⁸⁷ analisa a falta de previsão específica do contrato de serviços médicos. Salaria que o Código Civil holandês tipificou e regulamentou esse tipo de contrato. Porém, essa regulamentação vem sendo objeto de críticas, calcadas no fato de que nem sempre é possível estabelecer uma relação negocial. Nesse sentido, aponta-se a situação em que o paciente é incapacitado, em razão de problemas psiquiátricos, como também o caso dos pacientes em coma, inexistindo correspondência entre as partes.

O mesmo ocorre nas hipóteses em que o paciente é menor, hipótese em que a responsabilidade é dos pais ou do tutor legal. Em todos esses casos, há um desequilíbrio contratual, uma vez que, para o paciente, resta basicamente a obrigação de pagar os honorários do profissional, além de prestar algumas informações necessárias. Ainda segundo o autor mencionado, embora não formalizado, médico e paciente celebram um contrato de direito civil, caracterizado como *intuitu personae*. Fica, então, estabelecida a relação de consumo, devendo ser observadas as regras de proteção ao consumidor.

Sérgio Cavalieri Filho⁸⁸ discorre sobre a divergência doutrinária quanto à natureza jurídica da relação havida entre médico e paciente. Alguns doutrinadores a entendem como sendo prestação de serviços e outros como contrato *sui generis*. Aponta a irrelevância dessa divergência, alegando que,

⁸⁷PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 30/37.

⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 403/404.

sendo um contrato, o importante é saber se é de meio ou de resultado. Chama a atenção para o fato de que nenhum médico pode comprometer-se a salvar o paciente ou curá-lo, assumindo apenas a obrigação de aplicar os métodos e recursos mais adequados ao tratamento. Maria Helena Diniz⁸⁹ esclarece que o Código Civil brasileiro insere a responsabilidade médica no rol dos atos ilícitos. Com isso, entende a responsabilidade como sendo contratual, já que apenas excepcionalmente terá natureza delitual. Isso ocorre nas hipóteses de ilícito penal ou de violação de normas da profissão.

Com efeito, não se pode negar a natureza contratual presente na relação estabelecida entre médico e paciente. No entanto, trata-se de um conjunto de ações com nuances diferenciadas do contrato de prestação de serviços em geral. Por esse motivo, não há como tratá-lo da mesma forma, considerando-se que, em geral, não se pode exigir um resultado concreto, como ocorre na prestação de serviços tipificada na legislação brasileira.

2. Pressupostos da responsabilidade civil do médico

No direito português, segundo Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha⁹⁰, os pressupostos da responsabilidade civil por erro médico são o fato, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade. O fato refere-se à prática de determinada conduta, seja omissiva ou comissiva, não havendo qualquer especificidade que diferencie esse tipo de evento da responsabilidade em geral. Esclarecem apenas que, na hipótese do trabalho médico em equipe, deve-se avaliar se o contrato foi estabelecido com apenas um integrante da equipe médica. Em tal hipótese, caberá a este a escolha da

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 333/334.

⁹⁰ ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. **Direito da saúde**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, pp. 295/298.

equipe, incidindo a regra constante no já citado art. 800º do Código Civil português. Caso a avença não tenha sido realizada com pessoa determinada, cada participante terá sua parcela de responsabilidade, que será avaliada de acordo com a participação no evento danoso.

A ilicitude se traduz no incumprimento do contrato, com a violação das normas da ciência médica, da *leges artis*. Trata-se, no entanto, de ilicitude presumida, cabendo ao médico provar que ela não ocorreu. Os autores mencionam as situações mais comuns de incumprimento do contrato: erro na escolha do método de diagnóstico; erro na aplicação da terapia e erro de diagnóstico. No caso de culpa, o médico é responsabilizado civilmente. Ocorre, por exemplo, em caso de negligência, quando o médico não tem a cautela que lhe era exigida naquela situação concreta. Identifica-se a culpa através do exame da conduta que se exigiria do médico normalmente diligente.

O quarto elemento apontado pelos autores em referência⁹¹ é o dano, que poderá ser de natureza moral ou patrimonial, Assinalam que a única especificidade a ser considerada é a possibilidade da aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do médico. Tal teoria pode ser aplicável com relação ao tratamento ineficaz ou à cura que a prática médica frustrou, seja de forma omissiva ou comissiva. Por fim, exige-se o nexo de causalidade. Assim, os danos somente serão indenizáveis se tiverem como causa a conduta inadequada do médico, sendo considerados como danosos os atos por ele praticados.

Como se observa, os requisitos gerais da responsabilidade civil aplicam-se à atividade do médico, respeitadas suas especificidades, como ocorre com qualquer conduta vista sob a ótica da responsabilidade. Vera Lúcia Raposo⁹² faz importantes considerações acerca dos pressupostos da

⁹¹ ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. Op. cit., pp. 298/302.

⁹² RAPOSO, Vera Lúcia. **Do ato médico ao problema jurídico**. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 45/57.

responsabilidade. No que diz respeito ao nexo causal, destaca a evolução da *teoria causalista* para a *teoria da causalidade adequada*. Sobre a matéria, assinala:

À luz dessas teorias não serão chamados a responder todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para determinado resultado, mas somente os autores daquela condição que, em termos gerais e abstratos e à luz de regras comuns da vida, se possa considerar causa de certo resultado. Em suma, a aferição do nexo de causalidade na responsabilidade médica pretende apurar se a causa era ou não idónea a produzir certo resultado (juízo de idoneidade a ser formulado reportando-nos ao momento da prática da conduta) ou, pelo contrário, se apenas o produziu em virtude da intervenção de circunstâncias anómalas”.

Tratando-se de responsabilidade civil de mais de um médico, sobretudo com base em erro de diagnóstico, é importante observar a medida da participação de cada um na conduta. Nessa análise, deve ser considerado o conjunto de atos médicos que resultaram na opção por determinada conduta. Esta, por ser inadequada, findou por lesionar o paciente, devendo a análise da conduta culposa abranger desde os exames, até o procedimento médico final. O erro ocorre, por exemplo, quando o médico submete um paciente a determinado ato cirúrgico desnecessário, inspirado num diagnóstico equivocado, além de outros fatores.

No caso acima citado, é preciso aquilatar se, diante do fato concreto, haveria como o cirurgião não executar o procedimento, se tinha em mãos um laudo preciso para conduzir sua atuação. Existe, na realidade, toda uma cadeia causal, levando a avaliar se poderia ser exigida do profissional médico conduta diversa. Ou, então, mesmo diante do laudo equivocado, tendo em vista a apreciação conjunta de vários exames na formação do seu convencimento, se teria ele o dever de estudar de forma mais detalhada aquele diagnóstico.

Há que ser observado, de modo geral, se o dano ocorreria, ainda que, diante de um resultado diverso do esperado no exame inicial, o médico

tivesse se comportado do mesmo modo. Esse pressuposto deixa evidente que a apreciação do nexo causal, no tocante à responsabilidade médica, jamais poderia ser considerada de maneira fatalista. Portanto, cada situação deve ser examinada com suas nuances, devendo cada agente responder na proporção de sua participação no evento causador da lesão, ainda que sua contribuição tenha sido de menor potencial.

Não havendo esse nexo causal, o médico estará isento de responsabilidade, mesmo que sua ação final tenha sido decisiva para a ocorrência da lesão. Se o médico realizou todas as diligências necessárias, não teria como ser exigida outra conduta, em face do quadro que o paciente apresentava. Acrescente-se que o agravamento do quadro clínico pode ter acontecido por reação do próprio organismo do paciente, malgrado o médico tenha agido de forma diligente, como se esperaria que fizesse naquela circunstância.

Ainda segundo a citada autora⁹³, a *leges artis* define o que se constitui em conduta ilícita, para os efeitos civis. Assim, muitas vezes, o procedimento adotado pelo médico não é o mais adequado para o caso concreto. Entretanto, não se constituirá necessariamente em prática ilícita, se estiver conforme a *leges artis*, a boa prática médica, na data em que a decisão foi tomada. Nesse aspecto, ela considera a jurisprudência volátil em matéria de apreciação de ilicitude na conduta médica.

É importante ressaltar que, em matéria de responsabilidade civil médica, a ilicitude não deve ser presumida, ainda que se trate de obrigações por alguns apontadas como sendo de resultado. Dessa forma, a conduta ilícita do médico deve ser demonstrada por quem sofreu o dano. De fato, não seria razoável que a lesão, muitas vezes originária da constatação de que o resultado obtido foi diverso do pretendido, por si só, fosse ensejadora do dever de reparar por parte do médico. Portanto, a presunção de ilicitude deve

⁹³ RAPOSO, Vera Lúcia. Op. cit., pp. 45/46.

ser afastada do âmbito da responsabilidade médica, sendo essencial a demonstração da ocorrência do ilícito.

Afirma Carla Gonçalves⁹⁴ que o médico não pode ser excessivamente onerado pelo exercício de sua profissão. Como se sabe, certas ocorrências não são provenientes de riscos inerentes à atividade médica, mas intrínsecas aos pacientes, na sua condição humana. Em razão disso, parece mais acertada, a princípio, a solução que aponta para a responsabilidade subjetiva do médico, sendo necessária, portanto, a comprovação de sua culpa.

3. Responsabilidade do médico e responsabilidade do hospital

Restando evidente que a relação entre médico e paciente se materializa através de um contrato, é importante destacar as hipóteses em que a reponsabilidade se afigura fora da relação contratual. Convém, além disso, traçar um paralelo acerca da conduta ilícita do médico, quando atua no campo empresarial. Nos últimos anos, a atividade do médico avançou no sentido de tornar-se multifacetada. Como resultado, passaram a existir diversas formas de atuação. O médico pode atuar como profissional liberal, pode desempenhar suas funções em um estabelecimento hospitalar ou, até mesmo, ser contratado por um seguro de saúde ou plano de saúde. A seguir, será tratada cada uma dessas hipóteses.

⁹⁴ GONÇALVES, Carla. **A responsabilidade médica objetiva.** In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). Responsabilidade civil dos médicos. Vol. 11. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 360/361.

3.1 Responsabilidade do médico como profissional liberal

Inicialmente, convém ressaltar que a responsabilidade do médico é inteiramente diferente quando ele atua como profissional liberal, celebrando o contrato diretamente com o paciente. Como já assinalado, no direito brasileiro, esse tipo de relação está previsto no §4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Segundo o citado dispositivo, a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa.

Assim, o médico é considerado como fornecedor de serviços, estabelecendo-se uma relação de consumo, conforme será tratado adiante. Nessa condição, pelo menos em tese, estaria enquadrado no âmbito da responsabilidade objetiva. Porém, para que responda de forma pessoal, é imprescindível a prova da culpa. A esse respeito, esclarece Sérgio Cavaliere Filho⁹⁵:

Disso resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico. O Código do Consumidor manteve neste ponto a mesma disciplina do art. 1.545 do Código Civil de 1916, que corresponde ao art. 941 do Código de 2002. Embora o médico seja um prestador de serviços, o Código de Defesa do Consumidor, no §4º do seu art. 14, abriu uma exceção ao sistema de responsabilidade nele estabelecido. Diz ali que: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” Devemos ter em mente, todavia, que o Código de Defesa do Consumidor foi bem claro ao dizer que a exceção só abrange a responsabilidade pessoal do profissional liberal, não favorecendo, portanto, a pessoa jurídica na qual ele trabalhe como empregado ou faça parte da sociedade. Assim, por exemplo, se vários médicos resolverem constituir uma sociedade, a responsabilidade desta não será subjetiva.

⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404.

O direito português, segundo Eduardo Dantas⁹⁶, é harmônico no sentido de ser necessária a prova da culpa. Entretanto, adota caminho diferente, fazendo uso da regra geral da responsabilidade civil por atos ilícitos, prevista nos arts. 483º e 484º do Código Civil. Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, Maria Helena Diniz⁹⁷ esclarece que o Código Civil de 2002 insere a responsabilidade médica no rol dos atos ilícitos. Apesar disso, entende a responsabilidade como sendo contratual, já que apenas excepcionalmente terá natureza delitual. Tal situação ocorre apenas nas hipóteses de ilícito penal ou de violação de normas da profissão.

Há situações que não podem ser enquadradas no plano contratual, por faltar um dos elementos constitutivos do negócio jurídico, ou seja, a declaração de vontade do paciente. Para André Gonçalo Dias Pereira⁹⁸, em tais casos, a responsabilidade aquiliana é aplicada, tal como ocorre na responsabilidade delitual, ante a ausência de contrato. Aponta, nesse sentido, as hipóteses em que o paciente está inconsciente ou é incapaz e não tem representante legal.

O referido autor analisa também os casos de nulidade do contrato, quando o médico viola normas de natureza penal e a relação existente entre o paciente e o hospital público. Ressalva, entretanto, que, no último caso, não é pacífico esse entendimento. Segundo acrescenta, há legislações, como a austríaca e a alemã, nas quais a relação é considerada contratual. Todavia, a doutrina e a jurisprudência portuguesas dominantes a consideram como extracontratual, já que se trata de serviço público, aplicando-se, portanto, o regramento da responsabilidade aquiliana.

⁹⁶ DANTAS, Eduardo. **O inadimplemento do contrato de serviços médicos**. In GARCIA, Maria Olinda (coord.). Estudos sobre o incumprimento do contrato. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 59/60.

⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 333/334.

⁹⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 33/47.

3.2 Responsabilidade do médico vinculado à empresa ou plano de saúde

Diferente situação é estabelecida quando a atuação do médico deixa de ser pessoal e passa a ser inserida no campo da atividade empresarial. Para Sérgio Cavalieri Filho⁹⁹, trata-se de responsabilidade médica de natureza empresarial, referindo-se aos estabelecimentos hospitalares, clínicas e casas de saúde. Em seguida, analisa a responsabilidade dos médicos e dos hospitais, quando vinculados a algum seguro de saúde.

Na hipótese da responsabilidade médica de natureza empresarial, conforme o citado autor, a jurisprudência majoritária entende que é objetiva. Tem previsão no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, já que os hospitais e congêneres são fornecedores de serviços. Desse modo, as instituições hospitalares e congêneres não são alcançadas pela exceção trazida pelo § 4º do citado artigo, eis que apenas se limita à atuação do médico como profissional liberal. São, portanto, abrangidas pelo §1º do art. 14 do mesmo diploma legal.¹⁰⁰

Assim, os danos verificados, conforme a legislação consumerista, são caracterizados como fato do serviço, já que foram resultantes de um defeito na prestação do serviço. Nesse caso, o hospital somente se eximirá de responsabilidade, quando o dano se enquadrar em uma das situações previstas no § 3º do mesmo artigo¹⁰¹. O citado autor afirma que os atos

⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., pp. 419/425.

¹⁰⁰ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da prova de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I- o modo de seu fornecimento;
- II- o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III- a época em que foi fornecido.

¹⁰¹ Art. 14 (...)

§ 3º O fornecedor de serviços somente não será responsabilizado quando provar:

- I- que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II- a culpa exclusiva do consumidor ou do terceiro.

praticados pelo empregado são absorvidos pela atividade própria da empresa, não se podendo falar de fato de terceiros. Em tais casos, o fornecedor responde objetivamente, restando-lhe apenas o direito de regresso, se provada a culpa do empregado, no caso, do médico.

Em seguida, o autor em referência trata da responsabilidade dos médicos e hospitais inseridos na seara dos planos de saúde ou seguro de saúde, analisando duas hipóteses. Na primeira, os médicos e hospitais são de livre escolha do paciente, de modo que a seguradora não terá responsabilidade, sendo esta do hospital ou do médico. Na segunda, trata dos médicos e hospitais próprios ou conveniados. Nesse caso, a seguradora também responde solidariamente, considerando o disposto no art. 34 do Código de Defesa do Consumidor¹⁰².

De acordo com o citado dispositivo do CDC, a responsabilidade do fornecedor de serviços por atos de seus prepostos ou representantes autônomos é exigida de forma solidária. Nesse sentido, em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro¹⁰³ reconheceu a responsabilidade nas hipóteses em que a atividade médica é desenvolvida por sociedades empresárias. Nessa situação, aplica-se a regra prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor para aqueles atos peculiares da atividade empresarial hospitalar. Transcreve-se a ementa do acórdão:

Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Erro médico. Parto. Uso de fórceps. Cesariana. Indicação. Não observância. Lesão no membro superior esquerdo. Médico contratado. Culpa configurada. Hospital. Responsabilidade subjetiva. Ação de regresso. Procedência. Danos morais. Valor. Razoabilidade. 1. A jurisprudência desta Corte encontra-se consolidada no sentido de que a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos contratados que neles trabalham, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa do preposto.

¹⁰² Art. 34. O fornecedor do produto é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

¹⁰³ REsp 1526467/RJ. Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma. Julgado em 13/10/2015. DJe 23/10/2015.

2. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, no caso o hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como a estadia do paciente (internação e alimentação), as instalações, os equipamentos e os serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). Precedentes.
3. No caso em apreço, ambas as instâncias de cognição plena, com base na prova dos autos, concluíram que houve falha médica seja porque o peso do feto (4.100 gramas) indicava a necessidade de realização de parto por cesariana, seja porque a utilização da técnica de fórceps não se encontra justificada em prontuário médico.
4. A comprovação da culpa do médico atrai a responsabilidade do hospital embasada no artigo 932, inciso III, do Código Civil ("São também responsáveis pela reparação civil: (...) III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;"), mas permite ação de regresso contra o causador do dano.
5. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pela instâncias ordinárias apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso, em que arbitrada indenização no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).
6. Recurso especial parcialmente provido.

Tratando do direito português, André Gonçalo Dias Pereira¹⁰⁴ menciona a existência de inúmeros intervenientes no exercício da medicina privada. Em sua análise, distingue algumas relações contratuais que, em determinadas situações, alcançam as partes no contrato. Já em outras, referem-se às pessoas que simplesmente interferem no ato médico, apontando as seguintes: médico-paciente, clínica-paciente, médico-empresa e clínica-empresa.

Segundo Nuno Manuel Pinto Oliveira¹⁰⁵, existem duas possibilidades de reconhecimento da responsabilidade civil do médico, quando o contrato é celebrado entre o paciente e uma clínica privada. A primeira acontece no sistema unitário, quando a clínica se obriga perante o paciente, já que não

¹⁰⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 33.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde**. In OLIVEIRA, Guilherme (coord.). Responsabilidade civil dos médicos. Vol. 11. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 132/133.

existe avença entre este e o médico que o atendeu. Na segunda, denominada dualista ou pluralista, observa-se a responsabilidade contratual do médico em relação à prestação de serviços contratados entre este e o paciente. Existe também a responsabilidade contratual do hospital, que se obrigou a prestar serviços. Nesta última hipótese, a responsabilidade do médico será extracontratual, já que não é parte no contrato.

4. Visão crítica do Código de Defesa do Consumidor brasileiro

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei nº 8.078/1990) considera o médico, na condição de profissional liberal, como prestador de serviços e, portanto, sujeito às suas regras. O art. 3º, *caput*, define fornecedor como sendo “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolverem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos e serviços”. Por seu turno, o direito português excluiu o médico profissional liberal do regime da responsabilidade previsto na Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 47, de 28/07/2014), considerando o que consta no art. 23º¹⁰⁶. Portanto, essa matéria precisa ser disciplinada em legislação própria, o que não ocorreu até o presente.

Entende André Gonçalo Dias Pereira¹⁰⁷ que a relação entre médico e paciente caracteriza-se como de consumo. No entanto, reconhece que a questão não é pacífica, sendo questionável se a LDC (Lei nº 47/2014) é

¹⁰⁶ Art. 23º. Profissionais liberais.

O regime da responsabilidade por serviços prestados por profissionais liberais é regido em leis próprias.

¹⁰⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direitos dos pacientes e responsabilidade médica**. Vol. 22. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 411/415.

aplicável às relações entre profissionais liberais e clientes, aqui incluído o médico. Lembra que o art. 23º da citada lei estabeleceu um regime de exceção, remetendo as normas sobre responsabilidade dos profissionais liberais para lei extravagante, ainda não promulgada.

Ante essa lacuna, o referido autor propõe uma interpretação adaptativa do texto, excluindo do diploma legal unicamente os prestadores de serviços definidos como profissionais liberais. Assim, o regime da responsabilidade civil do médico pelo incumprimento de seus deveres está afastado da Lei nº 47/2014. No entanto, podem ser invocados outros mecanismos de proteção previstos na lei consumerista portuguesa, a exemplo do direito à informação e à qualidade dos serviços.

Carlos Roberto Gonçalves¹⁰⁸ reconhece que existe formação de contrato entre médico e paciente, fato que não implica presunção de culpa. Assim, cabe ao prejudicado, no caso o paciente, provar que o médico agiu culposamente, conforme estabelece o art. 14, § 4º, do CDC. Esse dispositivo exige a verificação da culpa para a incidência da responsabilidade pessoal do médico. Existe, no entanto, a possibilidade de se inverter o ônus da prova, consoante dispõe o art. 6º, VIII, do citado diploma legal, na hipótese de hipossuficiência do consumidor.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz¹⁰⁹ assinala que, na responsabilidade do médico, não há presunção de culpa. Cabe-lhe, entretanto, provar que não houve conduta culposa, originária de negligência, imprudência ou imperícia, ou ainda erro grosseiro, constituindo-se numa espécie particular de culpa. Esclarece que o médico é um prestador de serviços e, portanto, possui responsabilidade subjetiva. Nessa condição, sujeita-se ao CDC, sobretudo no que se refere ao ônus da prova a favor do consumidor.

¹⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 262/264.

¹⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 262/264.

A Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), reconhecendo a condição de vulnerabilidade do consumidor, considera-o hipossuficiente frente às relações de consumo que se estabelecem. De modo geral, faz-se uma vinculação da responsabilidade do fornecedor de produtos ou de serviços com a responsabilidade objetiva. A este cabe o ônus de provar que não houve falha em sua prestação. Ou, se for o caso, que houve a incidência de uma das excludentes de responsabilidade.

Porém, há exceção a essa regra geral, como mencionado anteriormente, nos casos de prestador de serviços enquadrado no conceito de profissional liberal. Essa hipótese está prevista no art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor. Tal dispositivo estabelece como imprescindível a verificação da culpa, quando se trata da responsabilidade pessoal dos profissionais liberais. Sendo assim, em linhas gerais, o médico, quando é acionado pessoalmente, como profissional liberal, no exercício do seu ofício, somente é responsabilizado quando fica demonstrado que agiu com culpa. Tal ônus, a princípio, caberá à vítima, no caso o paciente, sem olvidar que esse ônus poderá ser invertido. Diferentemente da legislação brasileira em matéria de consumidor, a legislação portuguesa excetua da lei consumerista a figura do profissional liberal, remetendo-a a lei própria, mas que, até o presente, não foi criada.

Dúvida inexistente de que a responsabilidade do médico não está atrelada à regra da responsabilidade objetiva, sobretudo, em razão da natureza dos serviços executados por esse profissional. Assim, o contrato se torna diferenciado, já que o resultado do serviço prestado é variável. A atividade do médico difere de outras prestações de serviço, a exemplo da empreitada, na qual deve ser fornecido ao outro contratante o produto ou o serviço objeto da contratação.

Manuel Rosário Nunes,¹¹⁰ analisando o ônus da prova no campo da responsabilidade civil médica, faz menção à defesa do consumidor na prestação de serviços de saúde. Segundo afirma, nesse campo, a Espanha reconhece o regime da responsabilidade objetiva, previsto nos arts. 26º e 28º da Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários (Lei nº 26/1984)¹¹¹. De acordo com o citado regime, o profissional da saúde somente não responderá pelos danos causados aos pacientes, se comprovar que tomou todos os cuidados exigidos naquela situação. Na legislação espanhola, a incidência da responsabilidade objetiva baseia-se no risco que é criado quando se lança um produto ou serviço no mercado.

Como se observa, diferentemente do que ocorre no Brasil, a responsabilidade objetiva na Espanha, no âmbito do direito do consumidor, é puramente objetiva. Portanto, não se faz uso da via oblíqua, com a possibilidade de inversão do ônus da prova. Analisando a legislação portuguesa, o referido autor lembra que a Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 24, de 1996) remete a responsabilidade dos prestadores de serviço a lei própria. Para ele, é admissível a aplicação da legislação pertinente, seja entre

¹¹⁰ NUNES, Manuel Rosário. **O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos**. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 85/92.

¹¹¹ *Artículo 26*

Las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquéllos, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad.

Artículo 28

1- No obstante lo dispuesto em los artículos anteriores, se responderá de los daños originados em el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supogan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar em debidas condiciones al consumidor o usuario.

2. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños.

3. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 500 millones de pesetas. Esta cantidad deberá ser revisada y actualizada periódicamente por el Gobierno, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo.

pacientes e médicos, seja entre pacientes e hospitais, independentemente de que o paciente seja atendido em hospital público ou consultório particular. Essa regra fica clara a partir da leitura do art. 2º, nº 1, da Lei de Defesa do Consumidor¹¹². Entretanto, reconhece que o art. 12º¹¹³ da legislação consumerista portuguesa deixa evidente a intenção do legislador de excluir a prestação de serviços defeituosos da seara da responsabilidade objetiva, já que a direciona somente aos produtos com defeito.

Poder-se-ia questionar, na seara da legislação consumerista brasileira, a necessidade de inserir-se a atividade médica, quando o profissional é incluído, de forma pessoal, no rol das relações de consumo. É que a citada legislação considera essa condição do médico como cláusula de exceção à responsabilidade objetiva. Convém esclarecer que o disciplinamento das relações de consumo é regra norteadora do Código de Defesa do Consumidor. Constitui-se, portanto, numa das maiores formas de proteção do consumidor, em razão de sua vulnerabilidade, para justificar a dispensa da prova da culpa.

Segundo anota André Couto e Gama¹¹⁴, nas hipóteses de erro médico, é exigido do paciente o dever de provar a culpa desse profissional. Desse modo, a responsabilidade objetiva impingida ao fabricante, produtor e fornecedor de serviços, por previsão legal, não se estendeu ao médico e aos demais profissionais liberais, que foram mantidos na regra geral da responsabilidade subjetiva. Justifica o citado autor que a hipossuficiência do paciente, na qualidade de consumidor, poderá determinar a inversão do ônus

¹¹² Art. 2º Definição e âmbito.

1- Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios.

¹¹³ Art. 12º.

2- O produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos de produtos que coloque no mercado, nos termos da lei.

¹¹⁴ COUTO e GAMA, André. **Relação de consumo entre médico e paciente** (perspectivas sobre o erro médico decorrente de intervenção cirúrgica). São Paulo: Impactus, 2006, pp. 29/32 e 49/50.

da prova, nos termos do art. 6º, inciso VIII,¹¹⁵ do CDC. Por sua vez, Heloisa Helena Barboza¹¹⁶, reportando-se à responsabilidade do médico no Brasil, destaca que a prática médica se desenvolve nas ações de prevenção, diagnóstico, tratamento e experimentação. Em qualquer dessas atividades, deve-se respeitar a autonomia do paciente, de maneira que todo procedimento terá por base o consentimento informado.

Para a citada autora, a relação entre médico e paciente perdeu muito do seu caráter de pessoalidade. É que a atividade médica tanto pode ser exercida de forma pessoal, por um único médico, como através de equipe médica ou até de hospitais. Assim, no seu entendimento, quando a Lei nº 8.078/1990 conceitua consumidor e fornecedor, alcança, respectivamente, paciente e médico, já que a relação se insere na prestação de serviços. No entanto, quando não se atua no âmbito de pessoas jurídicas, a responsabilidade do profissional liberal somente é aquilatada mediante a verificação da culpa. Como se observa, o sistema brasileiro, no campo da responsabilidade médica, assume forma híbrida, comportando tanto a responsabilidade objetiva como a subjetiva.

Quanto à inserção do médico como fornecedor, em legislação típica de consumo, poder-se-ia alegar que tal medida encontra fundamento na questão da hipossuficiência. Assim, em tese, o paciente, na condição de consumidor, seria merecedor da proteção, cujo princípio basilar dispensa a prova de culpa. Mas não é o que ocorre, já que os profissionais da medicina se constituem em exceção, sendo necessária a prova da culpa. Assim, sua atuação é abrangida pela regra geral da responsabilidade subjetiva, prevista no Código Civil brasileiro.

¹¹⁵ Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...)

VIII- a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência.

¹¹⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. **Responsabilidade civil dos médicos** (responsabilidade civil médica no Brasil). Vol. 11. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp.73/80.

Diante do quadro que se apresenta, resta patente a inocuidade do tratamento da responsabilidade pessoal do médico, nos termos da lei consumerista brasileira. Essa responsabilidade poderia estar inserida no próprio Código Civil, podendo ser disciplinada de maneira mais específica. Apesar dessa lacuna, a prestação de serviços pelos médicos, na qualidade de profissionais liberais, mesmo constituindo exceção no âmbito da legislação consumerista, não representa óbice ao reconhecimento de sua responsabilidade na lei substantiva civil.

É regra geral a aplicação do princípio da hipossuficiência nas relações entre médico e paciente, com a possibilidade da inversão do ônus da prova em favor do último. Mas isso não se apresenta, por si só, como justificativa para a manutenção de tais relações no âmbito consumerista, já que afasta o médico da responsabilidade objetiva, espinha dorsal do CDC. Não se pode negar que o Código Civil brasileiro de 2002 avançou em matéria de responsabilidade civil. No entanto, deixou a desejar, na medida em que se omitiu de tratar, de forma mais específica, a responsabilidade civil do médico.

Ante essa lacuna, uma vez que as regras são de cunho eminentemente geral, a solução de conflitos, na maioria dos casos, é remetida ao repertório jurisprudencial. Em síntese, como a responsabilidade pessoal do médico não tem natureza essencialmente objetiva, base do Código de Defesa do Consumidor, deveria a matéria ser tratada, de forma específica, no corpo do Código Civil, até mesmo por questão de coerência.

CAPÍTULO IV

DISTINÇÃO ENTRE OBRIGAÇÕES DE MEIO E OBRIGAÇÕES DE RESULTADO

No direito brasileiro, tanto a doutrina como a jurisprudência sustentam que a atividade desenvolvida pelo médico pode ser de meio ou de resultado. Quando se trata de uma obrigação de resultado, o profissional se obriga a atingir um objetivo predeterminado e específico. Nesse caso, a princípio, não é suficiente, para afastar a presunção de culpa, a prova de que foi diligente, empregando os meios adequados. Por outro lado, quando a obrigação é de meio, basta observar se o médico agiu com a diligência que aquela situação requeria, ou seja, não se descuidou do emprego dos meios adequados àquela situação.

Parte-se do pressuposto de que o direito do cliente se consubstancia na faculdade de exigir uma determinada prestação. Para tanto, existe a necessidade de estabelecer a natureza dessa avença, delimitando-se o objeto da obrigação a que se vincula o profissional contratado. Sobre a importância da distinção entre atividade de meio e atividade de resultado, notadamente no que diz respeito ao médico, afirma Sérgio Cavalieri Filho ¹¹⁷:

Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na doutrina francesa. Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos. Logo, a obrigação assumida pelo médico é de meio, e

¹¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 403/404.

não de resultado, de sorte que, se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado, não se pode falar, só por isso, em inadimplemento contratual.

Afirma o autor que a responsabilidade do médico, mesmo tendo natureza contratual, é subjetiva. Portanto, não se pode alegar sua culpa com base no simples insucesso, seja do diagnóstico ou do tratamento. Para fins de responsabilização civil, cabe ao paciente ou a seus herdeiros a comprovação de que o resultado indesejado teve como causa a negligência, a imprudência ou a imperícia daquele profissional.

Pablo Rentería¹¹⁸ também analisa a distinção entre atividade de meio e atividade de resultado no direito brasileiro. Em seu estudo, aponta três teorias acerca da relevância prática dessa distinção, a exemplo do que ocorre no direito francês, de onde é originária. A primeira estabelece como critério diferenciador a exigência do ônus da prova nas ações de responsabilidade fundamentadas no não cumprimento do contrato. Essa primeira condição gera duas consequências: nas obrigações de meio, ao autor cabe o ônus da prova; nas obrigações excepcionalmente consideradas como sendo de resultado, o ônus é do médico. Cabe-lhe provar que empregou todos os meios ao seu alcance no tratamento do paciente, afastando, dessa forma, a presunção de culpa.

A segunda teoria aponta como elemento diferenciador o regime de responsabilidade civil aplicável, na hipótese de incumprimento do contrato, podendo ser objetiva ou subjetiva. A terceira não considera a distinção entre obrigações de meio e de resultado como definidora do regime de responsabilidade a ser aplicado em caso de inadimplência. Tampouco toma por base a distribuição do ônus da prova. De acordo com essa teoria, a importância da distinção é minimizada, observando-se sua utilidade simplesmente para definir o conteúdo da relação obrigacional, isto é, da

¹¹⁸ RENTERÍA, Pablo. **Obrigações de meio e de resultado**: análise crítica. São Paulo: Editora Método, 2011, pp. 34/49.

prestação devida pelo médico. Busca, tão somente, aquilatar se o profissional cumpriu ou não a obrigação.

Acrescenta o citado autor que, do ponto de vista conceitual, é problemática a distinção entre as obrigações de meio e as obrigações de resultado. O melhor caminho é tomar como ponto de partida a observação da prestação devida. Essa providência pode ser refletida na atuação do profissional que realiza o resultado prático esperado pelo cliente ou na ação diligente na qual teriam sido empregados todos os meios adequados. Se a atividade é considerada de meio, o êxito está simplesmente na meta a ser perseguida; se é de resultado, o êxito somente é verificado com a produção do resultado esperado pelo cliente.

Ainda segundo Pablo Rentería¹¹⁹, a doutrina tradicional considera a obrigação a partir do elemento essencialmente estrutural, limitando-se a delimitar os sujeitos e a obrigação assumida. Já a doutrina mais moderna leva em consideração o que as partes pretendem com o cumprimento da obrigação. Afirma que, no direito brasileiro, a distinção é determinada pelo regime de responsabilidade a ser aplicado. Mas, para ele, é inconcebível adotar-se um regime objetivo de responsabilidade contratual. Lembra a possibilidade de ocorrer o caso fortuito ou a força maior, hipóteses em que a obrigação poderá ou não configurar-se. Isso dependerá da análise da diligência empregada pelo profissional, já que não poderá ser responsabilizado quando constatada a inevitabilidade do evento que ocasionou o incumprimento do contrato.

Por fim, considera a diferenciação pouco importante para o estabelecimento do regime de responsabilidade aplicável. Alega que nem sempre o profissional responde, de maneira objetiva, nas hipóteses apontadas como sendo obrigações de resultado, ainda que tenha assumido obrigação dessa natureza. Tal fato se constituiria em nítida afronta à previsão legal constante no art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor.

¹¹⁹ RENTERÍA, Pablo. Op. cit., pp. 65/101.

Eduardo dos Santos Júnior¹²⁰ afirma que parte da doutrina portuguesa questiona a importância da distinção entre atividade de meio e de resultado. Segundo esclarece, o devedor está sempre vinculado a uma conduta, ao passo que o credor deseja sempre o resultado esperado. Independentemente do êxito dessa conduta, caberá ao devedor provar o cumprimento do contrato ou então que o incumprimento não se deu por sua culpa.

A esse respeito, afirma que a responsabilidade do médico é de natureza subjetiva, justificando: “A nós parece-nos, contudo, que a distinção em apreço pode relevar, mesmo juridicamente, quando o se considere que há domínios em que vigora uma responsabilidade objectiva (em que se responde mesmo sem culpa) e que essa só pode ocorrer em relação a uma obrigação de resultado (o que não quer dizer que não haja obrigações de resultado cujo incumprimento esteja apenas sujeito à responsabilidade objectiva)”.

Para Fabrício Zamprogna Matiello¹²¹, embora a comutatividade do contrato envolva prestações recíprocas, no contrato de prestação de serviços médicos, existem certas particularidades. Assim, embora a atividade do médico, como regra geral, envolva obrigações de meio, situação que assegura sua liberdade de atuação, poderá envolver obrigação de resultado. Dessa forma, ocorrendo um resultado danoso, em se tratando de obrigação de meio, o paciente deverá provar a culpa do médico. Em contrapartida, provando que foi diligente, este exime-se da responsabilidade pela lesão.

Ainda segundo o autor, há algumas especialidades médicas que, pela sua natureza, fogem à regra dos contratos comutativos, visto que seu objetivo é gerar obrigações de resultado. Cita, como exemplo, as cirurgias plásticas estéticas, as cirurgias para retirada de varizes e os procedimentos referentes à anestesiologia. Nessas hipóteses, a obrigação do médico é considerada como sendo de resultado. Portanto, independentemente da prova de culpa, o

¹²⁰ SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. **Direito das obrigações I**. Lisboa: AAFDL, 2014, pp.107/109.

¹²¹ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: LTr, 2014, pp. 41/45.

médico se obriga a apresentar um resultado certo e determinado, não sendo suficiente alegar que empregou a melhor técnica e os meios adequados. Nesses tipos de contrato, sua responsabilidade poderá ser ilidida, apenas se ocorrerem o caso fortuito, a força maior ou a culpa da vítima.

Fábio Konder Comparato¹²² afirma que, quando ao conteúdo, existem três espécies de obrigação: de meio, de resultado e de garantia. Esta última é assim classificada quando se pretende a eliminação de um risco que pesa sobre o credor. As obrigações de meio são aquelas que têm como prestação um resultado certo e determinado, mas que esse resultado poderá não efetivar-se. Já as obrigações de resultado são aquelas que somente se consideram adimplidas com a efetiva produção do resultado pretendido e avençado. Fazendo um contraponto à distinção entre obrigações de meio e de resultado, esclarece que toda prestação se ajusta a um resultado mais ou menos determinado. Dessa maneira, obrigação de meio pode ser razoavelmente determinada no que diz respeito ao seu conteúdo, fato que certamente colocaria em xeque o regime jurídico a ser aplicado.

Vera Lúcia Raposo¹²³ adverte que a obrigação médica é, em geral, de meio. Mas, nem mesmo no caso das obrigações de resultado, a ilicitude poderá ser presumida, restringindo-se a presunção tão somente à culpa. Com esse entendimento, considera a presunção de ilicitude sem fundamento jurídico, além de não ser razoável.

Embora a responsabilidade pessoal do médico seja de cunho subjetivo, no direito brasileiro, cabe à vítima provar a culpa. Excepcionam-se as hipóteses em que o dano provém de cirurgia plástica meramente estética. Nesse caso, o STJ tem reiteradamente decidido que a responsabilidade dos

¹²² COMPARATO, Fábio Konder. **Obrigações de meios, de resultado e de garantia**. In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria (orgs.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil/direito fundamental à saúde*. Vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 333/348.

¹²³ RAPOSO, Vera Lúcia. **Do ato médico ao problema jurídico**. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 45/49.

cirurgiões plásticos é de cunho objetivo, uma vez que se trata de obrigação de resultado.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras vêm, reiteradamente, insistindo na diferenciação da atividade médica, distinguindo-a entre obrigação de meio e obrigação de resultado, vinculando a última especificamente às cirurgias estéticas. Nesse sentido, são os julgados abaixo transcritos, todos do Superior Tribunal de Justiça:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Consumidor. Indenização por danos morais e estéticos. Cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Dano estético comprovado. Recurso não provido. 1. A jurisprudência desta Corte entende que "a cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta". (REsp 1.395.254/SC. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 15/10/2013. Publicado em 29/11/2013) 2. No caso, o eg. Tribunal de origem, além de afastar a existência de qualquer excludente de responsabilidade, entendeu que o dano estético ficou devidamente comprovado nos autos. 3. Rever o entendimento do acórdão recorrido demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 678.485/DF. Rel. Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em 19/11/2015. Publicado em 11/12/2015).

Civil. Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Ação indenizatória. Erro médico. Laqueadura de trompas e posterior gravidez. Improcedência. Violação do art. 535 do CPC. Omissão e falta de fundamentação inexistentes. Prequestionamento. Ausência. Súmula nº 211 do STJ. A relação entre médico e paciente é contratual. Obrigação de meio. Inversão do ônus da prova que incumbe à vítima. Precedentes. Tribunal de origem que afastou o dever de indenizar em razão da falta de prova do fato constitutivo do direito da autora. Reforma. Súmula nº 7 do STJ. Dissídio jurisprudencial não comprovado. 1. Não há falar em violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolveu fundamentadamente as questões pertinentes ao litígio, mostrando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. 2. O tema inserido no dispositivo do art. 319 do Código de Processo Civil, tido por ofendido, não foi enfrentado pelo Tribunal de origem, nem mesmo depois da oposição dos embargos de declaração. Aplica-se, no ponto, a Súmula nº 211 desta Corte. 3. A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral, obrigação de meio, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética

(REsp n. 1.046.632/RJ. Rel. Ministro Marco Buzzi. Quarta Turma. Publicado em 13/11/2013).

Direito processual civil e do consumidor. Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Cirurgia estética. Obrigação de resultado. Inversão do ônus da prova. Regra de instrução. Artigos analisados: 6º, VIII, e 14, caput e § 4º, DO CDC. 1. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada em 14.09.2005. Dessa ação foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 25.06.2013. 2. Controvérsia acerca da responsabilidade do médico na cirurgia estética e da possibilidade de inversão do ônus da prova. 3. A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta. 4. Nessas hipóteses, há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova. 5. O uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento de sua obrigação. 6. A jurisprudência da 2ª Seção, após o julgamento do REsp 802.832/MG. (Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 21.09.2011) consolidou-se no sentido de que a inversão do ônus da prova constitui regra de instrução, e não de julgamento. 7. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp. 1395254/SC. 3ª Turma. Relª Min. Nancy Andriighi. Julgado em 15.10.2013. Publicado em 29.11.2013).

Pela leitura dos julgados, observa-se, de maneira clara, que foi feita a separação entre atividade de meio e de resultado. Essa diferenciação se relaciona com o fato de estar o ato médico vinculado ou não à cirurgia estética. Assim, a construção jurisprudencial brasileira vem consolidando essa distinção. Em consequência, considera a culpa como sendo presumida, no caso de dano cometido por cirurgião plástico, remetendo a matéria ao campo da responsabilidade objetiva.

Idêntico entendimento, originário do Tribunal da Relação do Porto,¹²⁴ embora em hipótese diversa, é assumido pela jurisprudência portuguesa, conforme comprovam o sumário e a decisão deste julgado:

¹²⁴ Tribunal da Relação do Porto. 2ª Secção. Apelação nº 5152/10.9TBVNGP1. Relator: José Igreja Matos. Decisão unânime. Exarada em 26.01.2016. Disponível em <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 28.07.2016.

I - Em caso de responsabilidade civil por acto médico, a regra deve ser a da responsabilidade contratual, constituindo a responsabilidade extracontratual a excepção que ocorre, normalmente, apenas quando o médico actua num quadro de urgência, em que, por força das circunstâncias, não foi obtido o acordo do doente.

II - Na responsabilidade civil obrigacional a culpa presume-se, o que não sucede na responsabilidade extracontratual ou aquiliana onde cabe ao lesado provar a culpa do lesante.

III - Considera-se verificado objectivamente o pressuposto da ilicitude quando ocorra uma lesão da integridade física do lesado que seja completamente estranha ao cumprimento do contrato e cuja gravidade resulte desproporcionada quando comparada com os riscos normais para a saúde do lesado, inerentes àquela concreta intervenção médica.

IV - Em sede de culpa, não se tendo apurado, em concreto, a existência de actos que o médico deveria ter praticado, e não praticou, ou de omissões que deveria ter assumido, e não assumiu, mas não resultando igualmente provada a ocorrência de um qualquer facto – situação de força maior, comportamento indevido do lesado ou outro - que seja causa dos danos causados ao paciente/lesado, teremos de concluir por uma situação de dúvida insanável que desencadeia uma presunção de culpa por parte do lesante, a título de negligência, nos termos do nº 2 do artigo 799º do Código Civil.

V – Resultando apurada a culpa do lesante em função de uma mera presunção legal, esta circunstância deve ser ponderada, em sede de equidade, quando da fixação da uma dada indemnização por danos não patrimoniais, conforme decorre do disposto nos artigos 493.º e 494.º do Código Civil.

V-Decisão

Pelo exposto, decide-se alterar a sentença recorrida, condenando-se as rés B... e Hospital da D..., S.A., a pagar à autora C... a quantia de setenta e três mil e seiscentos euros. Custas por apelante e apelada na proporção dos decaimentos respectivos.

O julgado acima se refere a recurso apelatório interposto perante o Tribunal da Relação do Porto. Nele, a parte apelante insurge-se contra decisão do juízo *a quo* que a condenou, juntamente com o hospital, a indenizar a lesada com a quantia de cento e cinquenta mil euros, em razão de alegados danos corporais graves provenientes de cirurgia. O Tribunal, de forma unânime, entendendo como presumida a culpa, deu provimento parcial ao apelo. Em consequência, manteve a sentença condenatória proferida contra o médico e o hospital, alterando-a somente para reduzir o valor da indemnização para setenta e três mil e seiscentos euros. Entendeu que em sede de culpa, gerou-se uma dúvida insanável, uma vez que não se fez

presente nenhum elemento da culpa, nem tampouco ocorreu força maior ou culpa da lesada. Em razão disso, presumiu-se a culpa, na forma de negligência, com base no nº 2 do art. 799º do Código Civil português.

Destaque-se que, no entendimento da doutrina e da jurisprudência brasileiras, a cirurgia plástica, considerada como uma obrigação de resultado, é apenas aquela de cunho meramente embelezador. Nesse aspecto, diferencia-se da realização de uma cirurgia plástica de caráter reparador ou corretivo. No primeiro caso – e, por isso mesmo, justifica-se sua inclusão no campo das obrigações de resultado - não se busca cura, nem tampouco corrigir o defeito de uma lesão congênita. Busca-se o embelezamento em si mesmo, levando a pessoa que se submete a esse tipo de cirurgia a exigir do profissional um resultado determinado.

Por outro lado, malgrado haja entendimentos e decisões nesse sentido, é temerário o emprego de tais conceitos de forma determinista. É preciso ter cautela, ao considerar-se uma obrigação como sendo de resultado, obrigando o médico a cumpri-la na forma como foi avençada. Nesse tipo de contrato, se o resultado não for o esperado, considera-se que houve inadimplemento. Entretanto, nem sempre aquele resultado indesejado poderia ser evitado, levando-se em consideração apenas a conduta do médico. Se, no caso da recente jurisprudência do STJ comentada acima, a responsabilidade fosse vista de maneira subjetiva, poder-se-ia também avaliar a situação da vítima.

Mesmo nos casos de cirurgia estética, de cunho meramente embelezador, quando a obrigação é considerada de resultado, essa situação pode ser completamente alterada pelas condições biológicas da própria vítima. Esse evento se apresentaria, a princípio, como ruptura do nexo causal. Ainda tratando-se de cirurgia plástica, cite-se a hipótese em que o paciente é submetido a um procedimento cirúrgico, do tipo abdominoplastia. Porém, o resultado foge completamente ao esperado, em razão de uma condição física particular do paciente, como a tendência a desenvolver queloides.

Em razão dessa tendência do paciente, gera-se uma cicatriz de considerável espessura, com a qual o cirurgião não consegue conviver sem perturbação em seu estado de espírito. Verificando-se tal ocorrência, não há como atribuir ao médico a responsabilidade, ainda que se trate de obrigação de resultado. É que, nesse caso, sua atuação se dissocia, a princípio, do dano verificado no paciente no pós-operatório. Em face desse tipo de ocorrência, não seria justo fazer-se a distinção entre obrigação de meio e obrigação de resultado, considerando que o resultado esperado seria inalcançável naquelas circunstâncias. De fato, nas hipóteses de cirurgia plástica estética, a obrigação é considerada pela doutrina e jurisprudência brasileiras como sendo de resultado. As únicas possibilidades que tem o médico de se isentar de indenizar, uma vez que responde objetivamente, são: provar a inexistência de dano ou afastar o nexo causal.

Nehemias Domingos de Melo¹²⁵ enfatiza que igualmente se discute a inversão do ônus da prova em ações que requerem indenizações com base na atuação do médico. Para ele, é significativo debater acerca da distinção entre obrigações de meio e obrigações de resultado. Segundo anota, quando a obrigação é de meio, o ônus é suportado pelo lesado, devendo provar que o médico não agiu com o cuidado e a diligência que o caso reclamava. De outra banda, nas obrigações de resultado, a culpa é presumida, invertendo-se, portanto, o ônus da prova, que recairá sobre o médico. A ele caberá provar, de forma convincente, que agiu com prudência, diligência e perícia. Ou, se for o caso, provar que ocorreu caso fortuito ou culpa da vítima, hipóteses que romperiam o nexo de causalidade.

Carla Gonçalves¹²⁶ também trata da responsabilidade médica objetiva. Em sua análise, enfatiza que, embora a regra geral considere a obrigação do médico como sendo de meio, há campos específicos nos quais se exige a

¹²⁵ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 77/78.

¹²⁶ GONÇALVES, Carla. **A responsabilidade médica objetiva**. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Responsabilidade civil dos médicos**. Vol. 11. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 359/364.

produção de resultado. Faz importante observação, ao afirmar que a obrigação de resultado não entra em choque com a possibilidade de ser enquadrada como responsabilidade subjetiva. A esse respeito, esclarece que o incumprimento de uma obrigação de resultado tem como consequência simplesmente a inversão do ônus da prova.

Ainda discorrendo sobre a responsabilidade civil médica, a autora referida¹²⁷ afirma que há um forte movimento no sentido de que todos os procedimentos cirúrgicos sejam excluídos da seara das obrigações de resultado. Esse entendimento leva em consideração a ocorrência do risco inerente a qualquer cirurgia, de maneira que nem sempre é possível ao médico a previsão de determinados resultados. No seu ponto de vista, nas hipóteses de obrigação de resultado, o descumprimento somente poderá resultar na inversão do ônus da prova, sem que seja aplicado o regime de responsabilidade objetiva.

Em outro sentido, André Gonçalo Dias Pereira¹²⁸ assinala que, de um lado, a diferenciação chama a atenção para o fato de que o objeto da prestação médica não é a cura. Mas, de outro lado, permite distinguir, no campo da atuação médica, as atividades em que se pode exigir um resultado determinado daquelas sujeitas à influência de vários fatores, tais como as condições físicas do paciente e sua reação a medicamentos. Em tais situações, não se pode atribuir ao médico a responsabilidade por um resultado não satisfatório.

Em seu estudo, o citado autor faz referência ao sistema jurisprudencial italiano. Ao invés de classificar as obrigações como sendo de meio ou de resultado, diferencia as intervenções de fácil execução daquelas consideradas de alta complexidade, remetendo a matéria a um regime probatório diverso. Na primeira hipótese, deve o paciente provar a baixa complexidade da

¹²⁷ GONÇALVES, Carla. **A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa**. Vol. 14. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 28/30.

¹²⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direitos dos pacientes e responsabilidade médica**. Vol. 22. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 708/716.

intervenção, cabendo ao médico demonstrar que o resultado negativo não se deveu a sua atuação. Já na segunda, restando evidente a alta complexidade do porcedimento, caberá ao paciente provar a falta de diligência do médico.

Segundo Pablo Rentería¹²⁹, a doutrina brasileira considera a álea como o único critério para o estabelecimento da distinção entre obrigações de meio e de resultado. Em seu entendimento, tal critério cria certa dificuldade em estabelecer a natureza jurídica da obrigação assumida pelo médico, no caso de cirurgia plástica estética. Conforme analisado ao longo deste capítulo, de fato, na jurisprudência brasileira, prevalece o entendimento de que, em se tratando de cirurgia com objetivos estéticos, trata-se de obrigação de resultado. Essa concepção se harmoniza com a definição de vício na prestação de serviço, prevista no art. 20 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, a expectativa que tem o paciente de conseguir o resultado estético desejado vincula a obrigação do cirurgião plástico em atender aquela expectativa, tendo em vista que assumiu o compromisso no que diz respeito ao embelezamento.

Há um consenso, no sentido de vincular a importância da distinção entre obrigações de meio e obrigações de resultado ao estabelecimento do ônus da prova. Todavia, na seara de legislação brasileira, tal distinção não tem grande relevância. É bem verdade que o Código de Defesa do Consumidor trata os profissionais liberais, sobretudo os médicos, como exceção à responsabilidade objetiva, norteadora daquela legislação consumerista. No entanto, não excepcionou a faculdade que tem o magistrado de inverter o ônus da prova, caso verifique a hipossuficiência da vítima em produzi-la. Assim, mesmo que a obrigação seja de meio, poderá, pela inversão do ônus da prova, converter-se em obrigação de resultado.

¹²⁹ RENTERÍA, Pablo. **Obrigações de meio e de resultado**: análise crítica. São Paulo: Editora Método, 2011, pp. 78/79.

CAPÍTULO V

ERRO DE DIAGNÓSTICO

1. Conceito

De maneira geral, a relação entre o médico e o paciente envolve várias fases. Começa desde o contato inicial e vai até o diagnóstico, indicando a forma de tratamento do mal que aflige o paciente. O diagnóstico é o grande passo em direção à cura. Permite a observação dos sintomas apresentados pelo paciente, com o emprego da ciência e da técnica, para se chegar a uma conclusão sobre seu estado de saúde. Depois que conhece o diagnóstico, o médico chega à conclusão acerca do tratamento adequado. Portanto, um diagnóstico errado poderá induzir o médico a também errar na forma de tratamento.

A condição humana, por ser limitada e insuficiente, leva ao cometimento de falhas e erros. Muitas vezes, seja pelo contexto, seja pela situação individual, o ser humano erra, equivoca-se, engana-se. A princípio, a ideia de erro é considerada num patamar aceitável. Entretanto, em algumas situações, o erro é visto de forma mais severa. Isso acontece, sobretudo, quando é observado a partir do dano que tenha causado, bem como da impossibilidade de reverter suas consequências. Independentemente do grau da conduta daquele que errou, não se pode tratar, da mesma maneira, um erro na emissão da segunda via de um documento e o erro de diagnóstico que resultou na morte de um paciente. A esse respeito, anota José Fragata¹³⁰:

De facto isolado, de ocorrência vergonhosa, mas totalmente natural e consequência da humanidade que existe em cada um de nós, o erro

¹³⁰ FRAGATA, José. **Risco clínico: complexidade e performance**. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 182/183.

transforma-se num problema de grande escala quando ocorre em actividades com consequências gravosas, como acidentes de transporte, aviação civil ou a medicina. Nestas áreas, como em outras de grande impacto, os erros provocam danos, por vezes, permanentes e devastadores, perda de vidas humanas, perdas económicas e provocam ainda impacto negativo na opinião pública, com quebras graves de reputação e de credibilidade.

Em outra obra, José Fragata e Luís Martins¹³¹ afirmam que, numa perspectiva individual, o erro humano é caracterizado como sendo resultado de processos mentais. Essa espécie de erro ocorre, por exemplo, na falta de atenção, na falta de cuidado e no baixo nível de motivação. Segundo esclarecem, numa abordagem do sistema, presume-se que os erros são resultantes de uma longa sucessão de motivos que, em conjunto, provocam danos aos pacientes. Significa que, apesar da imutabilidade da condição humana, as situações em que as pessoas trabalham podem, sim, ser modificadas.

Os citados autores reconhecem que, do ponto de vista individual, o erro é inerente à condição humana, sendo o erro de diagnóstico uma das possibilidades. Pode externar-se na forma de erro de diagnóstico propriamente dito ou no atraso deste, por falha na realização de exames indicados, no uso de exames desatualizados e na falta de atuação adequada, ante o acesso aos exames realizados pelo paciente.

No campo da medicina, o erro de diagnóstico é, sem dúvida, um dos mais danosos. Esse tipo de falha pode provocar consequências desastrosas, desde uma lesão física, podendo até, nos casos mais graves, resultar na morte do paciente. Pedro Laín Entralgo¹³², tratando da história do diagnóstico, afirma que teve início quando os médicos sentiram a necessidade de empregar uma técnica para obter um conhecimento mais apurado da enfermidade a ser tratada. Assim, conhecendo tecnicamente uma

¹³¹ FRAGATA, José; MARTINS, Luís. **O erro em medicina**: perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade. Coimbra: Almedina, 2014, pp.43/62.

¹³² ENTRALGO, Pedro Laín. **El diagnostico medico**: historia y teoria. Barcelona: Salvat, 1982, pp. 3/13.

determinada enfermidade, os médicos poderiam tratá-la com mais precisão e maior probabilidade de cura.

Esclarece Fabrício Zamprogna Matiello¹³³ que o diagnóstico é o somatório da análise da sintomatologia e da aplicação dos conhecimentos teóricos e práticos do profissional, aliados aos indicadores científicos mais modernos da medicina. Desse modo, no contado inicial com o paciente, necessariamente, o profissional da saúde deve realizar uma anamnese, na qual, preliminarmente estuda a sintomatologia. É o passo inicial para o estabelecimento de um diagnóstico.

Existem, no entanto, determinados males que necessitam de variados e complexos exames para o diagnóstico preciso do quadro clínico do paciente. Nesses casos, apenas um diagnóstico equivocado, por si só, não se constitui em motivo para a responsabilização civil do médico. Muitas vezes, o diagnóstico exige a conjunção de vários elementos. Entre esses elementos, podem constar informações errôneas advindas do próprio paciente ou por ele omitidas. Segundo esclarece o autor em referência, nessas situações, a análise da culpa deve ser detalhada, com a avaliação dos meios colocados ao alcance do médico, para a realização do diagnóstico. O mesmo não acontece quando a análise clínica depende de métodos simples. Em tais hipótese, o médico não pode invocar a falta de condições de trabalho.

Dessa forma, não se pode ter uma visão determinista, transformando qualquer erro de diagnóstico em dever de indenizar. A responsabilidade civil do médico somente poderá ser considerada quando decorrente de culpa, pela falta de diligência a que estava obrigado médico ou, ainda, quando o médico age com imprudência ou imperícia. Qualquer dessa hipóteses leva o erro ao campo da culpa, sem influência de outros fatores. Há casos em que o erro de diagnóstico pode levar a conduta para o terreno da responsabilidade objetiva, ainda que excepcionalmente.

¹³³ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: LTr, 2014, pp. 73/75.

De maneira geral, o erro de diagnóstico é considerado uma questão relevante em termos de responsabilidade civil do médico. Segundo Maria João Estorninho¹³⁴, “ocorre erro de diagnóstico se a avaliação do médico não corresponder à situação clínica do paciente”. Nesse caso, o profissional de saúde, tendo uma percepção equivocada do quadro clínico do paciente, identifica, de forma errônea, a doença, resultando em falha no tratamento ou no procedimento. Diferentemente do erro cometido por outros profissionais, o erro médico, sobretudo o erro de diagnóstico, pode ter efeitos devastadores no paciente, podendo ser fatal.

A responsabilidade civil do profissional da saúde emerge da falta de diligência, sendo o erro consequência desta. Todavia, não raro, existe dificuldade no estabelecimento do nexo causal entre a conduta, seja comissiva ou omissiva, e o dano. As hipóteses em que se suscita o erro de diagnóstico devem ser analisadas de acordo com o caso concreto. Mesmo que o diagnóstico tenha sido realizado de maneira equivocada, é preciso aquilatar se, com as técnicas e os meios disponíveis, havia como proceder de maneira correta. Nesse sentido, anota José Alfredo Cruz Guimarães:¹³⁵

O diagnóstico, em várias situações, é, apenas, uma hipótese dentro do estágio atual da medicina. A ciência médica não é uma ciência exata. Em muitas circunstâncias, os sintomas são confusos. As decisões tomadas pelo profissional baseiam-se em probabilidades. Por isso, o erro de diagnóstico é, em princípio, escusável ou, dito de outra forma, nos casos controvertidos, o erro na identificação da patologia do doente não deve ser tipificado como resultante de imperícia, imprudência ou negligência.

Quando se trata de erro de diagnóstico, é necessário esclarecer que não basta a verificação de sua ocorrência para fazer surgir a responsabilidade

¹³⁴ ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. **Direito da saúde**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p. 298.

¹³⁵ GUIMARÃES, José Alfredo Cruz. **Responsabilidade médico-hospitalar**. In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY Rosa Maria (orgs.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil/direito fundamental à saúde*. Vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 872.

do médico e, em consequência, o dever de indenizar. Na verdade, para ser caracterizado como indenizável, o erro deve estar vinculado à falta de diligência do profissional médico. Significa que outro profissional, em situação idêntica, apontaria o diagnóstico correto. Nesse caso, é inquestionável a ocorrência do erro de diagnóstico provocado pela falta de diligência ou de perícia daquele profissional, sendo, portanto, causador de dano indenizável.

No estudo dos defeitos do negócio jurídico, o erro, vício do consentimento, se configura quando há uma representação falsa da realidade, de modo que o agente não agiria da mesma forma se a conhecesse. Em razão da aparência é que a pessoa foi levada a errar.¹³⁶ Assim, em se tratando de erro médico, a ideia equivocada da realidade diz respeito ao quadro clínico apresentado pelo paciente. Essa hipótese deve ser aferida, quando da apreciação da responsabilidade civil do médico, revelando-se escusável diante da situação concreta.

É, portanto, escusável aquele erro que qualquer outro médico, com o uso da diligência requerida pelo caso, teria cometido, de forma que não poderia ter sido evitado. Já o erro inescusável verifica-se quando o profissional da saúde foi negligente, imprudente ou imperito no emprego dos meios de que dispunha, seja para diagnosticar, seja para tratar o paciente. Nesse caso, o erro teria sido evitado, caso fossem tomadas as devidas providências.

Sérgio Cavalieri Filho¹³⁷ argumenta que, na verificação do erro de diagnóstico, é preciso analisar cada caso concreto. Devem-se tomar como base o avanço da ciência e os meios tecnológicos à disposição. Dessa forma, pode-se aquilatar se o médico tinha a possibilidade de chegar a um diagnóstico correto, sem influência de fatores como negligência, imprudência ou imperícia.

¹³⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 260.

¹³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 406/407.

Gustavo Borges¹³⁸ define diagnóstico como sendo o ato médico realizado depois da anamnese e antes da indicação do tratamento. Com isso, é possível identificar os sintomas característicos daquela enfermidade, somando-se às informações fornecidas pelo paciente, sem prejuízo da utilização de exames complementares. Não há óbice para que o médico opte por determinado diagnóstico entre os vários existentes, desde que cientificamente indicado, ainda que depois conclua que não era o mais adequado. Esse fato, por si só, não fará incidir a responsabilidade civil daquele médico.

De acordo com o citado autor, o erro de diagnóstico pode abranger ato do próprio médico ou do paciente (na hipótese em que omite informação importante ou informa errado), bem como falhas nos exames complementares. Em qualquer das hipóteses, o médico só será obrigado a indenizar o paciente por erro de diagnóstico, quando houver dano. Dessa forma, torna-se evidente que não é o erro em si a causa da responsabilização do médico, mas sim a possibilidade de ser evitado com a diligência normal, usando dos meios disponíveis.

2. Diferença entre erro de diagnóstico e erro de tratamento

Afirma Fernanda Shaefer¹³⁹ que a relação entre médico e paciente tem várias fases, tendo início desde o contato no consultório até o tratamento e, dependendo da hipótese, a cura. Assim, essa relação envolve limites éticos, morais e legais, tendo dois grandes marcos: o diagnóstico e o tratamento. O

¹³⁸ BORGES, Gustavo. **Erro médico nas cirurgias plásticas**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, pp. 283/290.

¹³⁹ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 59/78.

tratamento errôneo pode ser resultado do erro de diagnóstico. Esse fato pode agravar, ainda mais, a responsabilidade do médico.

Segundo esclarece, na fase de tratamento, devem ser utilizados os meios disponíveis para se chegar à cura. Ou, se esta não for possível, o médico deve diligenciar para amenizar o sofrimento causado pelo mal que acomete o paciente, observando os padrões científicos e éticos. Caso o diagnóstico esteja correto e o estado clínico do paciente seja agravado durante ou após o tratamento, por reação inesperada ou imprevisível intrínseca ao paciente, afastada estará a responsabilidade civil do médico. Acerca do erro de tratamento, anota Fabrício Zamprogna Matiello¹⁴⁰:

Embora o tratamento inadequado seja causa frequente de complicações que levam ao resultado lesivo, nem sempre há associação necessária entre o procedimento e o dano, já que mesmo o tratamento correto e rigorosamente dentro dos padrões científicos pode conduzir a um resultado danoso idêntico ao causado por erro. As reações do organismo variam de um indivíduo para outro, apesar de ser lícito esperar determinada reação comum diante de certo medicamento, e, por exceção, evolução diferente. Agindo em conformidade com as normas técnicas vigentes, não será responsabilizado o profissional pela superveniência de resultado lesivo decorrente da individual reação do paciente ao tratamento corretamente aplicado.

Segundo o autor, o erro de diagnóstico é bem mais aceitável do que o erro de tratamento. Este envolve questões materialmente estimáveis. O médico deve, por exemplo, observar se determinado medicamento é aceito ou não pelo organismo do paciente. Por este e outros fatores, a margem de erro é bem menor, considerando-se que o profissional já conhece a doença. Em alguns casos, entretanto, o erro de tratamento poderá advir do erro de diagnóstico. Em outros, o erro pode ser resultado da imperícia do médico, quando indica certos tratamentos ao paciente, sem que seja sua especialidade ou área de atuação. Assim, mesmo diante de diagnóstico

¹⁴⁰ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: LTr, 2014, pp. 78/80.

correto, pode acontecer que o encaminhamento dado à tentativa de cura da doença seja incompatível, ocasionando, na maioria das vezes, danos ao paciente.

3. Verificação do dano e do nexa causal na hipótese de erro de diagnóstico

Como já referido, não é todo erro de diagnóstico que resultará na responsabilização do médico pelos danos causados, mesmo observando-se que não tenha sido o mais adequado para aquela situação específica. O profissional só será responsabilizado se restar demonstrado que deixou de agir com a cautela necessária, dentro dos critérios adotados pela ciência.

Para Gustavo Borges¹⁴¹, “ao averiguar a responsabilidade civil do médico por erro de diagnóstico, o juiz deverá investigar todos os cuidados que foram dispensados ao paciente lesado, como a atenção, o tipo de exame, as possibilidades para a investigação científica de acordo com o momento científico, de modo que a desatenção, negligência são elementos suficientes para a constatação da culpa do médico”.

Portanto, ainda que haja dano provocado por erro de diagnóstico, é necessário que o erro seja inescusável para fazer surgir o dever de indenizar. É preciso que o erro seja resultado da falta de diligências básicas. Ocorre, por exemplo, quando o médico deixa de solicitar os exames complementares necessários à formação do diagnóstico ou indicar tratamento inadequado ao mal que aflige o paciente. Não se trata, na última hipótese, de opção por um diagnóstico, dentre os previstos pela ciência para aquele caso, que depois se demonstre não ter sido o mais adequado. A responsabilidade civil do médico

¹⁴¹ BORGES, Gustavo. Op. cit., p. 286.

surge, se ele fizer um diagnóstico inteiramente diverso da sintomatologia apresentada pelo doente.

Independentemente de ter sido o diagnóstico equivocado, até mesmo por erro grosseiro, para fazer emergir o dever de indenizar do médico, faz-se necessária a prova do dano, apurado com base em uma cuidadosa análise. Cita-se a hipótese de um paciente que foi diagnosticado com uma simples inflamação na garganta. Porém, no segundo exame, feito na mesma ocasião por outro médico que realizou exame complementar, constata-se que, na realidade, tratava-se de uma inflamação nas cordas vocais. Não se pode olvidar que o diagnóstico foi feito de forma errada, podendo-se considerar o erro como grosseiro. Entretanto, convém verificar que tipo de dano sofreu esse paciente.

Diferente é o caso daquele paciente diagnosticado, de forma equivocada, como sendo portador do vírus HIV, num simples exame de rotina que voluntariamente se dispôs a fazer, sem solicitação médica. Trata-se de erro grosseiro, mas a repercussão do dano será diferente, considerando-se as consequências da notícia. Por mais que se tenha avançado no tratamento, a AIDS ainda não é uma doença curável, sendo imprescindível que o paciente seja medicado pelo resto da sua vida. Sem dúvida alguma, a falsa notícia provocará, no íntimo do paciente, uma reação bem diferente se comparada ao que ocorreria no exemplo anterior, cujo erro de diagnóstico não teria maiores implicações. No caso de diagnóstico equivocado indicando a presença do vírus HIV, surgirá para aquele médico o dever de indenizar, uma vez que fica constatado o nexo de causalidade entre o erro e o dano.

Nexo de causalidade, na área médica, é a ligação que existe entre o erro de diagnóstico inescusável e o dano causado ao paciente. Muitas vezes, o dano fica demonstrado. Entretanto, não existe ligação entre o comportamento do médico, seja comissivo ou omissivo, e aquele resultado indesejado. Ainda se tratando de exames laboratoriais, se o erro grosseiro é do laboratório, a princípio, não há como responsabilizar o médico solicitante.

Para tanto, é necessário constatar que aquele exame, por si só, dentro dos parâmetros da medicina, não era suficiente para levar ao diagnóstico. Nessa hipótese, responderá o responsável pelo resultado errado do exame, bem como o médico que o solicitou e não teve a cautela exigida para emitir o diagnóstico.

Em matéria de responsabilidade civil médica, como em qualquer outra espécie de responsabilidade, seja ela objetiva ou subjetiva, o primeiro requisito a ser observado é a existência do dano. Mesmo que se invoque o erro de diagnóstico como motivo para a responsabilização, não haverá como exigir indenização daquele médico que, de fato, errou no diagnóstico, mas que, por outro lado, não causou qualquer dano ao paciente. Assim, embora se constate o dano, é preciso verificar o nexo causal. Com isso, é possível estabelecer uma relação de causa e efeito entre a conduta do médico, seja omissiva ou comissiva, e o resultado danoso para o paciente.

Fabrício Zamprogna Matiello¹⁴² afirma que, na responsabilidade médica, salvo exceções, a culpa é fator preponderante. Só num segundo momento, deve ser analisada a ligação entre a conduta culposa e o dano capaz de causar lesão ao direito de outrem. Entretanto, mesmo sendo essencial, o nexo causal nem sempre poderá ser visto de forma isolada, sobretudo quando vários fatores contribuem para a ocorrência do dano. Acrescenta que a existência de culpa, por si só, não leva ao dever de indenizar. Deve-se observar, também, se a conduta do médico teve ligação direta com o prejuízo causado à vítima. A ação ou omissão do médico, embora de cunho culposos, pode estar dissociada do dano. Por outro lado, este pode ser causado pelo próprio paciente, como ocorre na hipótese de negar-se a submeter-se a determinado tratamento.

Na responsabilidade por erro de diagnóstico, surgem situações em que se constata a conduta culposa do médico, causando dano ao paciente. No entanto, não existe nexo de causalidade entre aquela conduta culposa e o

¹⁴² MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Op. cit., pp. 57/59.

prejuízo causado ao paciente. Como já afirmado, esse elemento é essencial para a caracterização da responsabilidade do médico e, portanto, do dever de indenizar.

Sérgio Cavaliere Filho¹⁴³ aponta as duas principais teorias que se dedicam a explicar a questão do nexo causal. A primeira é a da equivalência dos antecedentes ou das condições, não diferenciando causa e condição. Desse modo, se várias condições concorrem para aquele resultado, terão todas o mesmo valor. É como se estivessem dentro de uma cadeia, não sendo necessário estabelecer qual teve maior ou menor eficácia, nem qual delas foi a mais grave. Essa teoria é criticada, porque provoca uma regressão no nexo causal, ao potencializar a causalidade.

A segunda é a teoria da causalidade adequada. A partir desse pressuposto, na concorrência de condições, deve-se verificar qual foi a mais adequada. Em razão disso, nem todas serão consideradas como causa, mas somente aquela que mais contribuiu para a produção do dano, desprezando-se as demais. Acrescenta o doutrinador citado que a teoria da causalidade adequada é a adotada no Brasil, tanto pela doutrina como pela jurisprudência. No plano legal, aponta sua recepção pelo art. 403 do Código Civil¹⁴⁴. Embora o dispositivo refira-se à inexecução, termo ligado à responsabilidade contratual, já está pacificado que também se aplica à responsabilidade extracontratual.

Segundo Rute Teixeira Pedro¹⁴⁵, na seara de responsabilidade civil, o nexo causal tem natureza especial, na medida em que se constitui num dos seus principais requisitos. É a partir desse nexo que se pode medir a maior ou menor extensão do dever indenizatório. Trata-se, portanto, de instrumento de

¹⁴³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., pp. 48/55.

¹⁴⁴ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

¹⁴⁵ PEDRO, Rute Teixeira. **A responsabilidade civil do médico**: reflexões sobre a noção da perda da chance e a tutela do doente lesado. Vol. 15. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 148/151.

mensuração do valor reparatório devido, conforme dispõem os arts. 562º e 563º do Código Civil português¹⁴⁶. Com base nos critérios de avaliação constantes nos referidos dispositivos, é necessário averiguar se o ato foi, efetivamente, uma condição suficiente para a produção do dano. Deve-se também examinar se a conduta do médico pode ser considerada a causa do dano, do ponto de vista jurídico.

O legislador português adota, tal qual o Brasil, o critério da causalidade adequada. Significa que a conduta do médico, provocadora do dano, somente não será considerada como causa adequada, se restar demonstrado que foi indiferente para a verificação do resultado, que foi provocado por circunstâncias alheias. Tratando do nexo de causalidade, afirma Vera Lúcia Raposo¹⁴⁷:

A doutrina do nexo de causalidade tem sofrido uma marcante evolução no seio do pensamento jurídico, que abandonou a teoria da causalidade natural (*conditio sine qua non*) e se firmou na teoria da causalidade adequada, com as correções, entretanto, aportadas pela teoria da conexão de risco em sede criminal. À luz dessas teorias, não serão chamados a responder todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para determinado resultado, mas somente os daquela condição que, em termos gerais e abstratos e à luz das regras comuns da vida, se possa considerar causa de certo resultado.

Acrescenta a citada autora que, para determinar o nexo de causalidade, é necessário verificar se a causa tinha potencial para produzir o resultado. Ou, do contrário, se ele foi provocado por circunstâncias atípicas. Fica, então, difícil concluir se o resultado seria diferente, caso outra conduta tivesse sido adotada. Com base nessa variável que ocorre no campo do erro médico, os princípios norteadores do nexo de causalidade se revestem de

¹⁴⁶ Art. 562º. Princípio geral. Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.

Art. 563º. Nexo de causalidade. A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.

¹⁴⁷ RAPOSO, Vera Lúcia. **Do ato médico ao problema jurídico**. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 49/60.

dificuldade, em razão da complexidade e da imprevisibilidade do funcionamento do corpo humano. Outras vezes, o processo causal tem início antes da intervenção do médico.

Por fim, a referida autora aponta a teoria da causalidade adequada como sendo a adotada pelo direito português, com previsão no já citado art. 563º do Código Civil. Segundo esse dispositivo, a condição somente deixará de ser causa do dano, caso se revelar totalmente indiferente para a produção do resultado. Prevê o artigo mencionado que a causalidade também opera com critérios de probabilidade. Do contrário, haveria a certeza absoluta. Assim, para a responsabilização do médico, é necessário que exista a certeza jurídica, não sendo suficientes apenas estatísticas ou suposições. Em resumo, só se pode afirmar a existência do nexo causal, quando este não seja interrompido por circunstâncias estranhas.

4. Breves comentários acerca de algumas hipóteses de erro de diagnóstico

O erro de diagnóstico vem se firmando como um dos motivos mais comuns da responsabilidade civil do médico. É que essa espécie de erro pode resultar em diversas implicações, desde a impossibilidade de o paciente submeter-se ao tratamento adequado, com a piora do seu estado, até mesmo, ser causa de sua morte. É de se ressaltar que a prova do erro de diagnóstico, por vezes, torna-se muito difícil. Apesar disso, os casos de responsabilização do profissional da saúde por esse motivo vêm crescendo nos últimos anos.

Fernanda Shaefer¹⁴⁸ assinala que há duas categorias de erro médico: uma relativa aos deveres assumidos com a escolha da profissão, a exemplo da omissão de socorro e da violação do segredo profissional; outra envolvendo falhas técnicas, entre elas, o erro de diagnóstico e o erro de tratamento. Para que possa chegar a um diagnóstico correto, o médico deverá analisar, de maneira cuidadosa, na busca de uma definição acertada, todos os detalhes, desde os sintomas apresentados pelo paciente, até a requisição e análise de exames complementares, quando necessários.

Como já anotado, o erro de diagnóstico pode ser escusável ou inescusável. No primeiro caso, está-se diante de situação em que o profissional tomou todas as cautelas exigidas. Ainda assim, o diagnóstico apresentou falhas, por motivos alheios à sua vontade. Naquela circunstância, qualquer outro médico, na mesma situação, agiria de maneira idêntica. Por outro lado, o erro de diagnóstico inescusável é aquele que seria evitado, se o médico tivesse feito uso da diligência necessária e empregado os meios adequados colocados à sua disposição. A seguir, serão analisados, de forma sucinta, alguns casos de erro de diagnóstico.

4.1 Erro de diagnóstico no acompanhamento do pré-natal

O erro de diagnóstico, como causa específica de dano, pode ser assim considerado quando, em razão de uma informação equivocada por parte do profissional de saúde, o tratamento aplicado ao paciente não for o mais adequado. Esse tipo de erro pode agravar a situação do paciente ou resultar no surgimento de um novo distúrbio físico. No entanto, um diagnóstico errôneo, para ser considerado como uma conduta ilícita, deve provocar algum dano no paciente. Assim, se não fosse aquela conduta médica equivocada,

¹⁴⁸ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 64/67.

teria maiores chances de cura ou não seria submetido a tratamento de doença inexistente, por exemplo.

Convém esclarecer que, com o avanço da ciência e da tecnologia, erros dessa natureza são, de maneira geral, facilmente detectáveis e, portanto, evitáveis. Mas, por estranho que possa parecer, apesar desse avanço científico, crescem os casos de ações de indenização, tendo como base o erro de diagnóstico. A questão não é fácil, sendo terreno fértil para diversas interpretações, sobretudo no que diz respeito à verificação da culpa do profissional da saúde. Diante desse contexto, é preciso estabelecer critérios para a análise da responsabilidade do médico, seja no campo patrimonial ou extrapatrimonial.

O Código Civil brasileiro não trata especificamente da matéria, de modo que o enquadramento do erro médico ocorre no âmbito dos critérios gerais da responsabilidade civil. Trata-se de uma lacuna lamentável, considerando-se a especificidade da matéria e os interesses sociais envolvidos. De outra banda, é importante fazer-se um questionamento acerca da necessidade da inserção do médico no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, em razão da especificidade dos serviços prestados. Por falta de uma legislação específica, a atividade médica, ao lado de outras atividades desenvolvidas por profissionais autônomos, constituiu-se numa exceção à regra geral da responsabilidade objetiva, que é corolário da natureza da legislação consumerista.

Diagnóstico intrauterino é aquele realizado a partir da concepção, durante o desenvolvimento do feto no útero materno. Nesse tipo de diagnóstico, existem grandes diferenças entre as legislações brasileira e portuguesa. A principal delas tem como base as consequências advindas de um diagnóstico incorreto ou insuficiente acerca de anomalias fetais e doenças congênitas.

Na legislação brasileira, há especificamente duas hipóteses em que não se pune o aborto, catalogadas no art. 128 do Código Penal¹⁴⁹: quando não há outro meio de salvar a vida da gestante; quando a gravidez resulta de estupro. Fora esses casos, a prática de aborto é tipificada como crime. Em um passado recente, houve tendência jurisprudencial em permitir que o aborto fosse autorizado nos casos de anencefalia do feto. Essas decisões emanadas de juízes e tribunais inferiores geraram grande polêmica, sobretudo no âmbito das organizações religiosas. Em sessão realizada no dia 12 de fevereiro de 2012, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 54, decidiu, por oito votos a dois, que aborto de feto anencefálico não é crime, legitimando decisões nesse sentido.

Nesse aspecto, a legislação portuguesa ampliou as possibilidades para a prática de aborto não-punível, conforme o disposto no art. 142¹⁵⁰ do Código Penal. O citado dispositivo permite que a gravidez seja interrompida nas seguintes hipóteses: para evitar grave lesão na saúde física ou psíquica da mulher grávida; nos casos de doença grave ou malformação do nascituro. Em tais hipóteses, o erro de diagnóstico poderá ter maiores consequências.

¹⁴⁹ Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

I- se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II- se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

¹⁵⁰ Art. 142º. Interrupção da gravidez não punível:

1- Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina:

- a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;
- b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;
- c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de doença grave ou malformação, e for realizada nas primeiras 16 semanas de gravidez; ou
- d) Houver sérios indícios de que a gravidez resultou de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, e for realizada nas 12 primeiras semanas de gravidez. (...)

Vera Lúcia Raposo¹⁵¹ analisa o direito português em sede de responsabilidade civil do médico, discorrendo acerca das *wrong actions*. Trata especificamente do erro de diagnóstico que resulta no nascimento de criança acometida de doença grave ou portadora de séria anomalia, de caráter hereditário ou congênito. Nessas ocorrências, abre-se a possibilidade de ajuizamento da *wrongful birth*. No polo ativo, está a própria criança, representada pelos pais. No caso da *wrongful life*, a ação será ajuizada, a princípio, pela mãe, podendo admitir-se a legitimidade do pai em relação aos danos secundários. Isso acontece quando se constata que a mãe, em razão do erro de diagnóstico médico, é impedida de exercer o seu direito à não reprodução.

No entanto, com relação às *wrong actions*, a citada autora distingue os danos patrimoniais dos extrapatrimoniais. Quando do ajuizamento da ação, existe a possibilidade de invocar-se tanto a responsabilidade patrimonial como a extrapatrimonial, dependendo da hipótese concreta. Convém observar que a causa originária da responsabilidade extrapatrimonial sempre decorre do impedimento da mãe, em face do erro de diagnóstico, de optar por interromper ou não a gravidez, nas hipóteses legais. No que tange à criança, seria uma contradição que se pudesse requerer indenização por danos extrapatrimoniais, com base no direito que foi negado à sua genitora de interromper ou não a gestação.

É importante ainda ressaltar que o Código Civil brasileiro, na mesma linha do Código Civil português, em seu art. 2º, reconhece que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Porém, na legislação brasileira, o erro de diagnóstico pré-natal, em comparação com o direito lusitano, tem aplicação bem mais reduzida. Isso acontece, sobretudo, em

¹⁵¹ RAPOSO, Vera Lúcia. **Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal** (*wrongful life* e *wrongful birth*). Revista do Ministério Público, nº 132, out./dez. de 2012, pp. 40/48.

razão da restrição que existe com relação aos casos em que é permitida a prática do aborto.

4.2 Erro de diagnóstico em exames laboratoriais e radiológicos

Nessa hipótese, está-se diante da situação do médico que diagnostica o paciente com base em exame de resultado inteiramente diverso da sua situação clínica. Várias consequências poderão advir como consequência de erro nos exames laboratoriais e radiológicos. Na hipótese de existir dano, será responsabilizado quem realizou e atestou o exame. Se o médico foi induzido a erro pelo exame, a regra geral é que não responda civilmente. Porém, não ficará isento de responsabilização, se for constatado que aquele resultado não requeria outros cuidados médicos, como a realização de exames complementares.

Cite-se como exemplo uma apendicite. Segundo o Manual Merck¹⁵², consiste numa inflamação aguda do apêndice vermiforme, tendo como sintomas dor abdominal, anorexia e vômitos. Nesse tipo de ocorrência, chega-se ao diagnóstico rapidamente, por simples observação dos sintomas apresentados pelo paciente. Na maioria das vezes, basta o diagnóstico clínico, através de apalpação da área.

Mas pode ocorrer a hipótese de o médico não fazer o diagnóstico inicial, embora o paciente apresentasse fortes dores abdominais. O médico optou por solicitar uma ultrassonografia de abdômen, não se detectando o problema. Baseando-se unicamente no exame, o médico ministrou um medicamento para cólica abdominal e deu alta ao paciente. Mas este veio a óbito três dias depois, acometido de infecção generalizada, apesar da

¹⁵² BEERS, Mark H. et al. **Manual Merck**: diagnóstico e tratamento. Tradução de Paulo César Ribeiro Sanches. São Paulo: Roca, 2008, pp.106/107.

assistência posterior e do internamento hospitalar tardio. Só depois, verificou-se que ocorreu erro no exame solicitado no atendimento inicial.

Para Fabrício Zamprogna Matiello,¹⁵³ há responsabilidade objetiva com relação a erro de diagnóstico consistente na falha em exames laboratoriais, que deveriam constatar a presença ou a ausência da doença. Porém, se a análise laboratorial é meio idôneo, incorre o médico na responsabilidade objetiva, restando-lhe apenas o ônus de demonstrar alguma causa excludente de ilicitude.

No exemplo apontado, deve-se analisar a responsabilidade de cada um dos médicos envolvidos. Em relação ao profissional que realizou o exame de ultrassonografia, levando a equívoco o segundo médico, resta clara sua responsabilidade pelo erro de diagnóstico, visto que não detectou a apendicite. Já o médico que atendeu o paciente, encaminhando-o para exame, poderia se eximir do dever de indenizar, se fosse o caso de diagnóstico que se exaurisse somente no exame de ultrassonografia. Mas não foi o que aconteceu. Embora o exame não tenha constatado a moléstia, o primeiro profissional tinha o dever de examinar clinicamente o paciente e, dessa forma, diagnosticar a apendicite. Nessa hipótese, ambos respondem civilmente, de forma solidária.

Ao contrário, se o exame fosse o único meio possível para se chegar ao diagnóstico, não haveria responsabilidade do médico que primeiro atendeu o paciente, mas, tão somente, do que realizou o exame e atestou o laudo. Some-se a isso o fato de que, durante o tratamento, havia motivos para o médico desconfiar do equívoco e, ainda assim, deixou de realizar outras pesquisas. Na atualidade, são crescentes os casos análogos ao exemplo apontado. Essas e outras ocorrências têm aumentado a judicialização de questões envolvendo erro de diagnóstico. Nesse sentido, transcrevem-se os seguintes julgados dos Tribunais de Justiça dos Estados do Amapá e do Rio Grande do Norte:

¹⁵³ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Op. cit., p. 76.

Civil e processo civil. Apelação cível e remessa ex officio. Ação indenizatória. Erro de diagnóstico. Responsabilidade civil. Negligência médica configurada. *Quantum* indenizatório. Redução. 1- Não há que se falar em ausência de responsabilidade civil quando resta comprovada, por meio do conjunto probatório constante dos autos, a negligência no tratamento médico do autor, que apresentava quadro clínico determinante de investigação mais aprofundada acerca de possível apendicite que o acometia e o profissional apenas prescreve medicamentos paliativos para amenizar dores, sem a realização de qualquer outro exame clínico. 2- A evolução do quadro de saúde que culminou com intervenção cirúrgica emergencial, devido à apendicite aguda complicada (perfurativa), e ulterior necessidade de novo ato cirúrgico, demonstram o efetivo dano à honra subjetiva do autor. 3- Fixada sanção em patamar superior àquele que se mostra razoável e proporcional ao dano sofrido, impõe-se a redução. 4- Remessa parcialmente provida e apelo voluntário prejudicado. (TJAP – Ap 0035073-89.2011.8.03.0001. (76507). C.Única. Rel. Des. Gilberto Pinheiro. DJ 04.12.2015).

Civil, processo civil e consumidor. Ação de reparação por danos materiais e morais por suposto erro médico. Preliminar. Agravo retido. Alegação de nulidade da perícia técnica e dos atos posteriores. Ausência de prévia intimação das partes acerca do dia e do local de sua realização. Alegada violação ao artigo 431-A do Código de Processo Civil. Nulidade afastada em face da inexistência de demonstração do efetivo prejuízo. Precedentes do STJ. Preliminar rejeitada. Mérito: autor vítima de parada cardiorrespiratória durante cirurgia para tratamento de apendicite supurada que o deixou em estado de coma irreversível. Erro atribuído à equipe médica que realizou a cirurgia, ao hospital no qual ocorreu e ao médico que apresentou inicialmente diagnóstico equivocado, levando ao agravamento do quadro e retardamento da intervenção cirúrgica. Acervo probatório que confirma o acerto nos procedimentos adotados pela equipe médica que realizou a cirurgia. Inexistência de defeito na prestação de serviços ocorrida no hospital. Ausência de ato ilícito. Afastada a responsabilidade objetiva do hospital, bem como a responsabilidade subjetiva dos profissionais que atuaram na cirurgia. Responsabilidade do médico que atendeu o autor na fase clínica. Embora as provas indiquem a negligência do médico ao deixar de adotar as providências necessárias para obter o diagnóstico correto, não está demonstrado o nexo de causalidade entre sua ação ou omissão e a parada cardiorrespiratória que vitimou o autor durante o procedimento cirúrgico. Não preenchimento dos requisitos necessários para configurar a responsabilidade civil. Improcedência dos pleitos iniciais que se impõe. Recurso desprovido. (TJRN – AC 2012.007906-4. 2ª C.Cív. Rel. Juiz Conv. Ricardo Tinoco. DJe 16.12.2015)

Os dois julgados dizem respeito ao erro de diagnóstico. No primeiro, o paciente necessitava de investigação mais aprofundada do seu quadro clínico. No entanto, o médico apenas lhe prescreveu medicamentos para amenizar a dor abdominal, o que terminou por agravar seu estado de saúde. Diante disso, está evidenciada a culpa do médico por negligência no proceder, que nitidamente não teve a cautela a que estava obrigado. No segundo, trata-se de paciente que sofreu agravamento do seu quadro, como resultado de diagnóstico inicial equivocado. Em consequência, durante a cirurgia, sofreu uma parada cardiorrespiratória. A ação foi ajuizada contra a equipe médica que realizou a cirurgia, bem como contra o hospital. O tribunal reconheceu a responsabilidade do médico que fez o diagnóstico equivocado, retardando a cirurgia. Porém, não entendeu como existente o nexo causal entre a complicação do paciente no momento da cirurgia e a atuação tanto dos profissionais que realizaram o procedimento cirúrgico como do hospital, eximindo-os de responsabilidade.

4.3 Falta de preparo técnico do médico

Nesse caso, o médico diagnostica equivocadamente doença para cuja especialidade não possui preparo técnico, agindo, portanto, com imprudência manifesta. É o caso do pneumologista, plantonista em um hospital, que recebe e atende paciente com distúrbio neurológico. Em razão do despreparo para aquela especialidade, diagnostica um coágulo no cérebro do paciente e encaminha-o para o centro cirúrgico. Como não tinha competência para a identificação e o tratamento daquela enfermidade específica, a providência a ser tomada seria o imediato encaminhamento do paciente para o profissional daquela área de conhecimento científico.

Segundo Fabrício Zamproga Matiello¹⁵⁴, quando o médico realiza diagnóstico em área científica diversa da sua, comete um ato de imprudência. O mesmo acontece na hipótese de determinado médico, sem conhecimentos técnicos, fazer um diagnóstico errado. Depois, seu colega realiza procedimento cirúrgico embasado no erro consubstanciado no laudo. A princípio, a responsabilidade recai somente no profissional que realizou o diagnóstico. Todavia, a responsabilidade será solidária, se o cirurgião também agiu com culpa, equivocando-se quando da realização do procedimento.

4.4 Inobservância dos sintomas apresentados pelo paciente

Age de forma negligente o profissional que desconsidera a existência de alteração no quadro de paciente que lhe narra toda a sintomatologia. Baseado apenas nessas informações, o médico não tem a cautela de fazer uma análise mais aprofundada do problema, de modo a diagnosticar o mal de forma correta e segura. Cita-se a hipótese de paciente que faz uma consulta com um hepatologista e relata os sintomas típicos de câncer hepático primário. Segundo o Manual Merck¹⁵⁵, embora inespecíficos, os principais sintomas são perda de peso e desconforto no quadrante superior direito do abdômen, sendo o problema diagnosticável através de exame de imagem. Ao invés de tomar essa providência, o médico limitou-se a prescrever exames laboratoriais, para analisar a função hepática.

Dias depois, o paciente retornou com os exames, referindo as mesmas queixas. O médico, então, diagnosticou a existência de esteatose hepática, prescrevendo dieta com restrição de gorduras e determinando o retorno do paciente ao final de sessenta dias, para nova avaliação. Com o agravamento dos sintomas, o paciente procurou outro médico da mesma especialidade. Este, após a realização de exames de imagem e a cuidadosa análise dos

¹⁵⁴ MATIELLO, Fabrício Zamproga. Op. cit., pp. 76/77.

¹⁵⁵ BEERS, Mark H. et al. Op. cit., pp.252/255.

exames laboratoriais, diagnosticou câncer hepático primário. Trata-se de caso típico em que a falta de um diagnóstico correto por parte do primeiro médico terminou por retardar o tratamento.

Como se observa, o primeiro médico que examinou o paciente não teve a diligência necessária quando da análise da sintomatologia apresentada na primeira consulta. Por negligência, não fez uma análise atenta dos exames laboratoriais, atitude que resultou no diagnóstico errado. Sobre o assunto, assinala Fabrício Zamproga Matiello¹⁵⁶: “A aferição da culpa, nesse caso, exsurge da falta de cautela com que obrou, negligenciando nos deveres de acompanhar detidamente o quadro clínico e proceder a maiores averiguações, acarretando, com sua omissão, o desfecho lesivo”.

4.5 Possibilidade de culpa do paciente no erro de diagnóstico

Questão que desperta interesse no campo da responsabilidade civil é aquilatar se o paciente, pelo fornecimento de informações erradas ou pela omissão de informações importantes à formação do diagnóstico, teve culpa concorrente com o médico que cometeu o erro de diagnóstico. Fernanda Shaefer¹⁵⁷ entende que, nesse caso, é possível observar a culpa concorrente do paciente. Entretanto, ressalta que a maioria dos doutrinadores não aceita como erro de diagnóstico aquele que se origina de informações erradas fornecidas pelo paciente. Segundo destaca a citada autora, os deveres de prudência e de diligência que deve ter o profissional, não podendo valer-se apenas das informações trazidas pelo paciente. Apesar dessa ressalva, reconhece que a responsabilidade pelo erro de diagnóstico pode ser verificada tanto de forma individualizada como de forma concorrente. No caso

¹⁵⁶ MATIELLO, Fabrício Zamproga. Op. cit., p. 77.

¹⁵⁷ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2012, pp.73/74.

em análise, será admitida uma parcela de culpabilidade do paciente que forneceu informações erradas, quando da fixação do valor indenizatório.

Vera Lúcia Raposo¹⁵⁸ afirma que, na análise da responsabilidade civil médica, no caso de haver mais de um agente que contribuiu para o cometimento do erro, cada um responde na proporção de sua culpa. Refere-se à hipótese em que uma das causas reside no comportamento do próprio paciente, quando, por exemplo, não responde, com veracidade, às questões apresentadas pelo médico. Entende, no entanto, que o paciente não pode ser responsabilizado isoladamente pelos danos causados. Tampouco a concausa será motivo de exclusão da responsabilidade do médico, a não ser quando o comportamento do doente seja considerado a causa exclusiva do dano. Assim, havendo concausa, o médico será responsabilizado na medida da contribuição de seu comportamento para o dano causado ao paciente.

Na hipótese em análise, apenas as informações fornecidas pelo paciente ao médico não poderão ser usadas como base de um diagnóstico. Este deve ser construído a partir de uma gama de informações, algumas delas obtidas através de exames laboratoriais ou de imagem. O médico deve ter a cautela e a diligência necessárias para poder chegar ao correto diagnóstico. Dessa forma, não pode ser ilidida a sua responsabilidade em face de alegação de culpa da vítima na prestação ou omissão de informações. Ademais, quando do estabelecimento do *quantum* indenizatório, numa condenação por erro de diagnóstico, o caso concreto e suas circunstâncias serão analisados.

¹⁵⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. **Do ato médico ao problema jurídico**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 73.

5. Consentimento informado e sua relação com o erro de diagnóstico

Paula Ribeiro de Faria¹⁵⁹, tratando da prevenção de litígios, assinala que são de extrema importância certos cuidados que devem ser tomados pelos médicos. Essas medidas evitarão conflitos e sua consequente judicialização por iniciativa do paciente. Destaca a importância do cumprimento do dever de informar, referindo-se às situações em que a conduta do médico não é a esperada. Também nesse caso, alegando falta de explicações, o paciente aciona judicialmente o médico. Além de informar o paciente sobre o diagnóstico e alertá-lo a respeito de todos os riscos que envolvem eventual tratamento, o médico deve documentar-se, inclusive, no que se refere à conversa de esclarecimento que teve com o doente.

Antes de consentir no procedimento, o paciente tem o direito de saber exatamente o que se passa com sua saúde, desde o diagnóstico, até eventual tratamento. Portanto, só poderá manifestar sua vontade, de forma livre e consciente, após ser esclarecido pelo médico sobre o diagnóstico, sua condição clínica e eventual necessidade de tratamento ou intervenção cirúrgica. O consentimento informado consiste na faculdade dada ao paciente, diante do esclarecimento acerca do seu estado de saúde, de consentir com o tratamento mais adequado, manifestando para tal sua vontade de forma livre e consciente. No Brasil, o consentimento livre e esclarecido tem previsão no art. 22 do Código de Ética Médica¹⁶⁰. Já em Portugal, é tratado no art. 45º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos¹⁶¹.

¹⁵⁹ FARIA, Paula Ribeiro de. **Os novos desafios da responsabilidade médica**. In RUEFF, Maria do Céu (coord.). *Direito da medicina (eventos adversos, responsabilidade, riscos)*. Lisboa: Coleção Ensaio. Universidade Lusíada Editora, 2013, pp. 75/77.

¹⁶⁰ É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em risco iminente de morte.

¹⁶¹ Art. 45º (Consentimento do doente):

1. Só é válido o consentimento do doente se este tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coacções físicas ou morais.

Sílvio Romero Beltrão¹⁶² esclarece que a expressão da vontade do paciente é de extrema importância para a validade do tratamento. Fatores como a dor, a ansiedade e o medo podem interferir na formação da vontade do paciente. Desse modo, para a formação de sua convicção, o médico deve informá-lo sobre o diagnóstico e seu estado de saúde. Aliada a outros elementos, essa informação possibilitará ao paciente a manifestação livre da vontade, o que a tornará eficaz. Segundo acrescenta, o consentimento informado envolve dois momentos distintos: a informação dada pelo médico; a manifestação livre da vontade do paciente. O médico deve orientar o paciente a expressar seu consentimento em qualquer tipo de intervenção, dando-lhe oportunidade para avaliar informações e ter a noção exata da dimensão do tratamento.

André Gonçalo Dias Pereira¹⁶³ destaca a informação sobre o diagnóstico como um dos pontos nevrálgicos da deontologia médica. O paciente tem o direito de ser informado a respeito da sua doença, até para que sirva de base para expressar seu consentimento informado. Por outro lado, a revelação abrupta do diagnóstico poderá ter um efeito maléfico sobre o paciente. Ante essa real possibilidade, deverá o médico informar o diagnóstico em linhas gerais, preparando o paciente de forma cautelosa.

Lembra o referido autor que, em alguns casos, o contrato tem como objeto principal justamente o conhecimento do diagnóstico. Cita-se a hipótese de alguém que se submete a exame genético para prevenir certas doenças congênitas. Nessa espécie de exame, é de suma importância que o paciente tenha ciência do resultado, até mesmo para fins de prevenção de

2. Sempre que possível, entre o esclarecimento e o consentimento deverá existir intervalo de tempo que permita ao doente reflectir e aconselhar-se.

3. O médico deve aceitar e pode sugerir que o doente procure outra opinião médica, particularmente se a decisão envolver grandes riscos ou graves consequências.

¹⁶² BELTRÃO, Sílvio Romero. **O consentimento informado e sua dinâmica na relação médico-paciente:** natureza jurídica, estrutura e crise. Cadernos do Programa de Pós-Graduação. Direito/UFRGS. Vol. 9, nº 2, 2014, pp. 08/12.

¹⁶³ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 373/375.

determinadas situações futuras. Deve, portanto, o profissional da saúde comunicar o resultado do exame ou o diagnóstico, resultando sua omissão no inadimplemento contratual e, em consequência, em sua responsabilização. Outra situação que o médico deve enfrentar ocorre nos casos em que o diagnóstico é severo, a exemplo de uma doença descoberta em estágio terminal, que fatalmente levará o paciente a óbito. Nesse caso, a questão é saber se o dever de proteção ao paciente não se contrapõe ao direito à informação que ele tem.

Outra questão tormentosa é avaliar a hipótese em que o consentimento informado foi proveniente de informações fornecidas a partir de um diagnóstico errado. Ora, se o consentimento do paciente pressupõe que sua vontade seja manifestada de forma livre e consciente, resta patente que o erro de diagnóstico levou-o a ter uma ideia diversa da realidade. Ele não manifestaria aquela vontade, direcionada ao tratamento específico, se não tivesse sido informado a partir de um diagnóstico equivocado. Resta evidente que, nesse caso, houve vício do consentimento. Essa ocorrência afasta, de plano, a possibilidade de que aquela vontade seja considerada, para fins de consentimento de tratamento indicado com base em diagnóstico equivocado.

6. Perda de uma chance e sua extensão na fixação da indenização

6.1 Conceito

O instituto da responsabilidade tem evoluído de forma rápida, sobretudo em relação à culpa. Deixou-se de exigir a prova da culpa em praticamente todas as situações, com a consequente verificação dos seus requisitos (ação ou omissão do agente, dano e nexo causal). Em consequência, passou-se a adotar a responsabilidade objetiva, que independe

da constatação da culpa, exigindo-se apenas a prova do dano e do nexo causal.

Originária do direito francês, a responsabilidade civil pela perda de uma chance vem, aos poucos, ganhando espaço na doutrina e na jurisprudência de vários sistemas jurídicos. O instituto lança uma nova luz sobre o dano, na medida em que cria uma espécie de responsabilidade que se afasta, num primeiro momento, do dano real e concreto, passando a considerar a probabilidade de se concretizar determinada pretensão. Nuno Santos Rocha¹⁶⁴ define esse novel instituto jurídico como sendo “a perda da possibilidade de obter um resultado favorável, ou de evitar um resultado desfavorável”. Segundo esclarece, as situações apontadas como sendo de perda de uma chance envolvem processos em que predomina a álea. Esse elemento impossibilita o estabelecimento de um nexo causal entre o ilícito e o resultado que não se verificou.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras são acanhadas ao tratar da responsabilidade pela perda de uma chance. No entanto, essa matéria é ventilada tanto em questões que envolvem a responsabilidade contratual como nas que dizem respeito à responsabilidade extracontratual. Como se observa, o instituto convive bem nos casos em que é verificado o dano final. Nesse caso, constata-se que a responsabilidade consiste no dano causado pela perda da possibilidade de obter determinado resultado. Assim, deve ser analisada de forma dissociada do dano final, uma vez que diz respeito à impossibilidade de alguém obter uma vantagem pretendida e, portanto, futura. Cite-se a hipótese em que um médico, errando o diagnóstico, retira do paciente a possibilidade de permanecer vivo. Nesse caso, surgem dois tipos de responsabilidade: aquela que provocou o dano irreversível, após a verificação dos requisitos peculiares; a responsabilidade pela perda da chance de o paciente permanecer vivo, acaso seu problema tivesse sido diagnosticado de forma correta.

¹⁶⁴ ROCHA, Nuno Santos. **A perda de uma chance como uma nova espécie de dano**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 19.

6.2 Natureza jurídica

A natureza jurídica da responsabilidade civil pela perda de uma chance é controvertida. Várias correntes doutrinárias tentam explicá-la, indo desde a negação de sua existência como forma de responsabilidade, até sua consideração autônoma, para fins de responsabilização civil. Nuno Santos Rocha¹⁶⁵ assinala que existem quatro ideias principais sobre a perda de uma chance: a causalidade parcial, a doutrina divisionista, a teoria unitária e o dano autônomo.

A concepção norteadora da causalidade parcial dá um novo sentido à teoria da perda de uma chance. Entende que ela não se constitui num prejuízo autônomo, mas em um meio utilizado para gerar a incerteza do juiz em relação à apreciação do nexos causal. Em razão disso, seus adeptos reconhecem a possibilidade de indenizar, de forma parcial, o dano que de fato existiu, qual seja, a inocorrência do resultado pretendido. Tal fato se constitui numa ruptura com o que hoje está vigente em termos de responsabilidade civil. É que o lesado terá de esperar o término do processo aleatório para ajuizar a ação indenizatória. Nessa hipótese, as chances perdidas estarão vinculadas ao prejuízo final.

Por seu turno, a doutrina divisionista propõe que a teoria da perda de uma chance não se aplique aos casos que digam respeito à atividade do médico, ou seja, à perda de uma chance ante impossibilidade de cura ou de sobrevivência do paciente. Parte do pressuposto de que não se verifica a interrupção de um processo aleatório, em casos de responsabilidade médica, já que o resultado final é a morte ou a invalidez do paciente. No entendimento dos defensores dessa corrente, a aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos de responsabilidade civil do médico desvirtuaria o nexos causal. A aplicação desse tipo de responsabilidade faria com que o juiz, no julgamento

¹⁶⁵ ROCHA, Nuno Santos. Op. cit., pp. 33/55.

de um processo indenizatório, não conseguisse estabelecer o nexo causal em uma lesão resultante de falha médica. Ante essa dificuldade, seria tentado a utilizar a teoria da perda de uma chance para atribuir uma indenização parcial, em razão da probabilidade de ter o médico cometido um ilícito.

Já os adeptos da corrente unitária entendem que a aplicação da teoria da perda de uma chance não teria vinculação com o problema da causalidade, mas deveria ser observada sob a ótica do dano. Admite-se, por fim, a teoria do dano autônomo em relação à perda de uma chance, sobretudo no que se refere aos casos de responsabilidade civil do médico. O ângulo de observação dessa teoria é inteiramente diverso das anteriores. Nela, modifica-se a perspectiva da responsabilidade civil, na medida em que se considera a existência de uma lesão diferente daquela que resultou no dano final, originário da morte ou da invalidez do paciente. Em consequência, a perda da chance de viver ou de curar-se é tida como passível de indenização e, portanto, entendida como um dano paralelo ao resultado final.

Rute Teixeira Pedro¹⁶⁶ destaca duas das quatro teorias, considerando uma falsa e outra verdadeira. No primeiro caso, refere-se à perda de uma chance como desvirtuamento do nexo causal, quando trata da doutrina divisionista. No segundo, analisa a perda de uma chance como uma espécie autônoma de dano. Referindo-se ao desvirtuamento do nexo causal, esclarece que, no caso da responsabilidade civil do médico, existe uma nova figura, espécie de dano virtual. Em tal situação, o juiz escapa ao princípio do tudo ou nada, já que pode optar por aplicar uma indenização parcial, ao invés de impor uma indenização integral ou não aplicar nenhuma.

A citada autora reputa como correta a teoria da perda de uma chance como uma espécie de dano autônomo. Em seu entendimento, existe uma clara separação entre os dois prejuízos que decorrem da lesão de bens jurídicos diversos. Porém, essa fragmentação somente será possível quando

¹⁶⁶ PEDRO, Rute Teixeira. **A responsabilidade civil do médico**: reflexões sobre a noção da perda da chance e a tutela do doente lesado. Vol. 15. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 281/292.

a saúde ou a vida do paciente já estejam comprometidas. Dessa forma, é possível enxergar os pressupostos da responsabilidade civil, incluindo-se o nexo causal.

Para Rafael Peteffi da Silva,¹⁶⁷ é necessário que se analise, sob um novo ângulo, a questão dos requisitos da responsabilidade civil, especialmente os conceitos de causalidade e de dano. Dentro dessa nova visão, surge a teoria da perda de uma chance como um campo ideal para uma análise mais consistente da responsabilidade civil. Conforme assinala, há várias correntes antagônicas sobre a perda de uma chance. Algumas adotam um conceito menos ortodoxo do nexo causal e de seu fundamento; outras admitem certa elasticidade em relação ao conceito de dano, considerando-o, inclusive, de forma autônoma. Afirma que a teoria da perda de uma chance é limitada quanto à certeza que deve ser verificada no dano apontado como indenizável. Por esse motivo, é imprescindível que o dano ultrapasse a seara da mera esperança e, de fato, exista uma chance considerável, apreciável.¹⁶⁸

Observando-se as teorias existentes, chega-se à conclusão de que a responsabilidade civil pela perda de uma chance deve ser considerada como uma modalidade independente de dano. Não se está responsabilizando pelo dano final, embora este, estando presentes os requisitos legais, também seja indenizável. A teoria da perda de uma chance se concretiza em determinadas situações em que o paciente perdeu a chance de obter um resultado favorável, em razão do comportamento comissivo ou omissivo do médico. Portanto, se for de fato observada a pretensão do lesado em relação a cada um dos danos, será perceptível a diferença. No dano final, busca-se uma indenização pela lesão provocada; no dano pela perda de uma chance, pleiteia-se uma indenização em razão de ter o paciente perdido a chance de obter êxito, em consequência da conduta do médico.

¹⁶⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, pp. 6/18.

¹⁶⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit., pp. 138.

Cita-se como exemplo, a hipótese em que o médico deixa de diagnosticar, em tempo hábil, o mal que afligia o paciente. Deixa de elaborar seu diagnóstico com base em exames complementares, provocando, em consequência, o óbito do paciente. É possível enxergar, na hipótese, a existência de dois danos: o dano final, consubstanciado na morte do paciente; o dano proveniente da perda da chance de sobrevivência. Há, portanto, dois danos e dois nexos de causalidade. Por serem independentes, o dever de indenizar pela perda da possibilidade de sobreviver pode subsistir ao dano pelo resultado morte. Isto ocorre quando, neste último, não seja possível provar o nexo causal entre o dano e a ação ou omissão do médico.

Embora de aplicação ainda tímida, a responsabilidade civil pela perda de uma chance representa um considerável avanço nessa área. Já se vislumbra uma certa tendência de considerar separadamente o dano que produz o resultado fatal e o dano causado pela perda da possibilidade de obter um resultado exitoso. Na realidade, dois danos deverão ser analisados, de forma desvinculada, sem que um dependa necessariamente do outro. No entanto, na ação proposta com base nos dois tipos de danos, poderá ser julgada procedente em um e improcedente no outro. Assim, a perda de uma chance pode e deve ser considerada como um dano autônomo, paralelo ao eventual dano final.

6.3 Fixação da indenização pela perda de uma chance

Na seara da perda de uma chance, uma questão vem despertando peculiar interesse e, em muitas decisões, é enfrentada com certa dificuldade. Trata-se da fixação da indenização, no caso da verificação de tal responsabilidade. Muitas vezes, conforme se verá na análise da jurisprudência pertinente, a responsabilidade pela perda de uma chance, não raro, é confundida com a responsabilidade que diz respeito ao dano final.

Nessa hipótese, um dos primeiros critérios a serem estabelecidos é a constatação do dano. No caso da perda de uma chance, quando aplicada ao médico, é preciso em saber se o paciente tinha chance de sobrevivência ou de cura. Não se confunde, pois, com o dano final, na medida em que este depende da análise da situação que se constituiu numa lesão ou na morte do paciente. Tratando-se da perda de uma chance, essa espécie de dano deverá sempre ser observada na situação concreta, sem que seja possível o estabelecimento de critérios aplicáveis a todas as situações aparentemente similares.

Rafael Peteffi da Silva¹⁶⁹ entende que, na jurisprudência brasileira, a quantificação dos danos pela perda de uma chance é temerária. Segundo esclarece, não raro, há decisões judiciais que remetem a quantificação para a liquidação da sentença. Alerta, ainda, para o conteúdo do art. 944 do Código Civil brasileiro¹⁷⁰, que trata da gradação da culpa em relação à indenização. Apesar disso, na visão do citado doutrinador, não guarda qualquer relação com a admissão da responsabilidade pela perda de uma chance. Mas, por vezes, a leitura do dispositivo referido leva a incompreensões na seara da fundamentação, quando se está diante de responsabilidade pela perda de uma chance.

Nuno Santos Rocha¹⁷¹, entre outros autores, considera o dano pela perda de uma chance como tendo natureza autônoma. Porém, alerta que a fixação da indenização respectiva não poderá ultrapassar o valor da indenização fixada em razão do dano final, embora as duas espécies de dano tenham estreita relação quanto à fixação do *quantum* devido. A esse respeito, acrescenta:

¹⁶⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit., pp. 226/233.

¹⁷⁰ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

¹⁷¹ ROCHA, Nuno Santos. **A perda de uma chance como uma nova espécie de dano**. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 65/69.

Será assim necessário que se proceda a três operações distintas. Avaliar, primeiro, qual o valor económico do resultado em expectativa e, de seguida, a probabilidade que existiria de o alcançar, não fora a ocorrência do facto antijurídico. Este segundo valor, calculado numa percentagem – traduzindo a consistência e seriedade das chances -, terá que ser por fim aplicado ao primeiro, para que se possa finalmente obter o valor pecuniário do dano da perda de chance. (...) Caso não seja possível proceder-se a esta operação, o tribunal julgará através do recurso à equidade.

Com efeito, o erro de diagnóstico não necessariamente resultará na configuração de dano indenizável. Porém, quando resulta, é terreno fértil para a responsabilidade pela perda de uma chance, sendo necessário, nesse caso, o exame da situação concreta. O erro de diagnóstico, por si só, não obrigará o médico a indenizar o paciente ou seus familiares. Em tais ocorrências, é necessário analisar, naquela situação específica, se o paciente tinha real chance de cura ou de sobrevivência. Em outras palavras, se existia possibilidade real de êxito, caso o diagnóstico tivesse sido correto.

Assim, na hipótese de erro de diagnóstico que levou à morte do paciente, a perda de uma chance reside, especialmente, na análise das reais chances que teria de sobreviver, se o médico tivesse acertado o diagnóstico. Tomando-se por base a maior ou menor complexidade da intervenção, a chance de sobrevivência do paciente será analisada, inicialmente, em termos percentuais, lidando com dados probabilísticos.

O nexos causal que surge nesse tipo de responsabilidade reforça a autonomia da responsabilidade pela perda de uma chance. Ele residirá na ligação entre a conduta do médico, seja omissiva ou comissiva, e a perda da chance que tinha o paciente de sobreviver. Assim, se a conduta do médico tolheu-lhe as chances de sobrevivência, que eram, por exemplo, de 60%, o valor final será calculado, aplicando-se tal percentual sobre o valor obtido em razão do dano que causou a morte do paciente.

Considerando que a indenização pela perda de uma chance não poderá ultrapassar o valor da que é devida em razão do dano final, de

maneira que o cálculo do valor da indenização pela perda de uma chance tomará por base, necessariamente, a probabilidade de um resultado exitoso.

6.4 Jurisprudência

Os tribunais pátrios adotam a teoria da perda de uma chance, embora de maneira tímida, percebendo-se ainda certa dificuldade na fixação do *quantum* indenizatório. Muitas vezes, fixa-se um valor desprovido de explicação probabilística. Quando o pedido inicial é julgado procedente, atrela-se, normalmente, o valor da indenização pela chance perdida ao valor a que o autor teria direito. Dessa forma, não se observa que existem dois danos distintos, embora originários de um mesmo fato. No primeiro julgado abaixo transcrito, proveniente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, faz-se menção à teoria da perda de uma chance. Entretanto, não é analisada de forma autônoma, como dano causado pela perda de uma chance propriamente dita, mas sim no contexto do próprio dano moral, na análise do comportamento do médico.

No acórdão do citado julgamento, com embasamento também em laudo pericial, resta claro que o diagnóstico tardio ocasionou o óbito. Assim, não existe dúvida de que, caso a enfermidade tivesse sido descoberta em tempo hábil, o quadro clínico do paciente seria reversível. No caso analisado, observa-se a presença de dois danos: um de natureza moral, consistente na constatação do nexos de causalidade entre o diagnóstico tardio e a morte do neonato; o outro referente à perda de chance de sobrevivência da criança recém-nascida, motivada pela mesma causa. Apesar dessa clara diferenciação, permaneceu inalterada a decisão no tocante à indenização, fixada no patamar de R\$ 90.000,00 para cada genitor do recém-nascido,

modificando-se a sentença de primeiro grau somente com relação à incidência de juros e correção monetária. Segue o acórdão:

Apelação cível. Ação indenizatória por danos morais. Falecimento de recém-nascido em hospital público. Rejeição do agravo retido, uma vez que a perícia realizada nos autos foi complexa, demandando a análise de diversos prontuários médicos e, assim, exigindo maior tempo para a sua realização. Mantenho, portanto, o valor dos honorários periciais como fixado, no patamar de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Ausência de rompimento do nexo causal. Laudo pericial conclusivo pela demora no diagnóstico das patologias apresentadas pelo neonato, as quais, embora graves, eram "tratáveis se adequadamente precocemente identificadas e tratadas". A conduta do apelante configurou comportamento profissional conhecido na literatura pericial francesa como perda de uma chance (*perte d'une chance*), que preconiza a perda da possibilidade de cura do paciente pela intervenção errada de profissional, pois as possibilidades de recuperação são muito maiores quando descoberto no início o fator de complicação de saúde. Os danos morais são inegáveis na hipótese, diante da gravidade dos fatos narrados e comprovados nos autos. O *quantum* indenizatório, fixado em R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), para cada autor, genitores do recém-nascido falecido, mostra-se razoável e consentâneo com a jurisprudência pátria em casos análogos. Pequeno reparo merece ser feito de ofício na parte que dispõe sobre correção monetária e juros para determinar que: (a) até 23/12/1997 - correção monetária pelos índices do TJ/RJ e juros pelo Código Civil brasileiro de 1916 (6% ao ano); (b) de 24/12/1997 até 29/06/2009 - correção monetária pelos índices do TJ/RJ e juros de 6% ao ano (art. 1º-F da Lei 9.494/97); (c) a partir de 30/06/2009 - correção monetária e juros pelo índice da poupança (art. 5º da Lei 11.960/09- nova redação do art. 1º-F da Lei 9.494/97). Redução da verba honorária ao patamar de 5%, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. Rejeição do agravo retido. Parcial provimento do apelo. (TJRJ – Ap. 0184602-75.2010.8.19.0001 – 21ª C.Cív. Relª Márcia Cunha Silva Araújo de Carvalho. DJe 19.10.2015).

O julgado abaixo transcrito refere-se à decisão originária da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no recurso de apelação nº 70067496307. Nela, foi utilizado o que se denominou de critério bifásico, considerando-se, acertadamente, a perda de uma chance como sendo dano autônomo. Em consequência, as demais indenizações pleiteadas, pensionamento e danos materiais foram considerados inconsistentes, uma vez que não foi comprovado nexo de causalidade direto entre a conduta e o dano. Segue a decisão:

Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação indenizatória por danos materiais e morais. Falha em atendimento médico-hospitalar. Ausência de realização de exames laboratoriais durante atendimento. Morte do paciente após a alta médica. Aplicação da teoria da perda de uma chance. 1. A responsabilidade do hospital é objetiva, mas vinculada à falha na prestação de serviço de seus prepostos, nos termos do artigo 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor. Ainda, no presente caso, incide o disposto no artigo 37, §6º, da Constituição Federal. 2. Caso concreto em que a vítima procurou o demandado com sintomas de febre, náusea e vômitos, permanecendo no local por mais de seis horas e sem realizar qualquer exame laboratorial para investigação do quadro infeccioso. Paciente que, três horas após a alta, procurou outro nosocômio, sendo diagnosticado com meningite, vindo a óbito no mesmo dia. Falha na prestação do serviço médico-hospitalar verificada. 3. Ainda que não seja possível estabelecer nexo de causalidade direto entre a falha de atendimento e a morte da vítima, é certo que a má prestação do serviço retirou do paciente a chance de conhecer a moléstia que o acometia para iniciar o tratamento adequado à patologia com a maior brevidade possível. 4. Aplicação da teoria da perda de uma chance ao erro médico-hospitalar como direito autônomo. Ausente o nexo direto entre a falha na prestação do serviço de saúde e a morte do paciente. Existindo uma chance concreta, real e com probabilidade de ter fornecido ao enfermo uma cura ou mesmo uma convalescência menos sofrida, é de ser reconhecido o dever de indenizar. 5. *Quantum* indenizatório que deve levar em consideração a chance perdida, utilizando-se com parâmetro o índice de mortalidade da moléstia, demora de cerca de um dia de sintomas na procura de atendimento e probabilidade de que os exames apontassem distúrbios aptos a apontar indícios da patologia. Valor arbitrado em R\$ 30.000,00 6. Danos materiais e pensionamento que não são devidos porque ausente o nexo de causalidade direto entre a conduta e o dano, pressupostos para reconhecimento dessa espécie indenitária. 7. Reconhecida a responsabilidade solidária da seguradora litisdenunciada. Súmula 537 do STJ. Apelação cível provida, por maioria. (Apelação Cível Nº 70067496307. Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relatora: Iris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em 29/01/2016).

A decisão seguinte, proveniente da Terceira Turma do STJ, é paradigma para vários julgamentos. Tem sido modelo no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que vem se adotando, com frequência, a teoria da perda de uma chance. Na decisão, foi afastada a teoria da causalidade proporcional, considerando-se a perda de uma chance como sendo dano autônomo. A indenização foi reduzida, com o consequente cálculo em proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima, sem

alcançar o valor da indenização correspondente ao bem perdido. Segue o acórdão:

Direito civil. Câncer. Tratamento inadequado. Redução das possibilidades de cura. Óbito. Imputação de culpa ao médico. Possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Redução proporcional da indenização. Recurso especial parcialmente provido.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerada um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.

(REsp. 1254141/PR. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgado em 04/12/2012. DJe 20/02/2013).

O acórdão cujo sumário abaixo se transcreve, embora não trate da responsabilidade médica, traz uma noção exata da forma de cálculo da indenização nas hipóteses de perda de uma chance adotada pela jurisprudência portuguesa. Provém da 2ª Secção do Tribunal da Relação do Porto, como se vê:

I - Tem vindo a ser entendido pela doutrina e jurisprudência mais recente que a “*perda de chance*” consubstancia a perda de

possibilidade de obter um resultado favorável ou de evitar um resultado desfavorável, sendo considerado como um *dano autónomo, intermédio*, configurável como *dano emergente e ressarcível* diferentemente do *dano final*, já que nestas circunstâncias a fixação da indemnização total ou a sua recusa pura e simples não satisfazem o escopo da justiça material.

II - Apenas serão indemnizáveis as chances “*sérias e reais*”, pelo que importa averiguar se a possibilidade perdida gozava de um determinado grau de consistência e probabilidade suficiente de verificação do resultado pretendido.

III - A probabilidade de êxito no recurso tem de ser aferida em função dum “*juízo sobre o juízo*” desse recurso, ou seja, se seria suficientemente provável o seu êxito, atendendo às circunstâncias do caso concreto e à jurisprudência seguida nessa matéria pelo tribunal de recurso.

IV - O valor da indemnização a fixar pela *perda de chance* não pode ser igual ou superior ao *dano final* e correspondente ao resultado que se pretendia evitar.

V - Importa, assim, apurar qual a percentagem que representa o grau de probabilidade, face ao valor correspondente ao valor do dano final, apurando-se o valor da indemnização pelo dano “*perda de chance*”, enquanto dano autónomo. (Tribunal da Relação do Porto. Recurso 540/13.1 T2AVR.P1, Rel. Tomé Ramião, 2ª Secção. Julgado em 14/06/2016).

Desse acórdão extraem-se várias características da responsabilidade civil pela perda de uma chance: a) chances “*sérias e reais*”, de forma que deverá haver certo grau de probabilidade de êxito, acaso a chance não tivesse se perdida; b) o valor da indenização não pode ser igual ou superior ao valor estabelecido para o dano final; c) a apuração do percentual que representa o grau de responsabilidade deve ter como parâmetro o dano final; d) presença do carácter autónomo do dano pela perda de uma chance, o que a diferencia do dano final. No primeiro, está-se indenizando pela perda de chance de atingir um resultado exitoso, não pelo dano propriamente dito.

CONCLUSÃO

Após a análise da temática envolvendo a responsabilidade civil do médico por erro de diagnóstico, é possível indicar os seguintes elementos conclusivos:

I - O ato médico é um conjunto de condutas próprias dos profissionais da medicina, com repercussões que transcendem as relações privadas. Os profissionais da saúde exercem atividades de interesse de toda a coletividade, já que têm por objetivo conservar ou melhorar a saúde humana, possuindo, portanto, diversas peculiaridades. No exercício das profissões em geral, quando se detecta um erro, é possível evitar ou mitigar suas consequências, com a adoção de algumas medidas. No entanto, em se tratando da área da saúde, quando o erro é detectado, por vezes, já produziu consequências desastrosas, resultando, em alguns casos, na morte do paciente. Nessa matéria, é evidente a correlação com os direitos da personalidade, no que diz respeito à integridade física do paciente. Atualmente, o campo da medicina tem estrutura que extrapola o simples contrato firmado entre o médico e o paciente. Destaca-se, especialmente, a exigência do consentimento informado. Este se funda no direito à integridade física e moral da pessoa, de forma que as informações prestadas ao paciente devem ser claras e precisas, como forma de validar seu consentimento.

II - Nos seus primórdios, a medicina tinha um conceito ligado à religiosidade, sendo exercida por curandeiros, feiticeiros, sacerdotes e outros. Por esse motivo, eram vistos como mensageiros dos deuses. A ideia de responsabilidade civil surgiu gradativamente, de início, com a admissão da vingança pessoal e da obrigação de indenizar, em dinheiro, a vítima e seus familiares. Com a evolução da sociedade e da tecnologia, a medicina passou a ganhar crescente relevo. Em contrapartida, surgiram muitas implicações, sobretudo no campo do cometimento de erro, motivando diversas demandas judiciais.

III - No Brasil, as normas referentes ao exercício da medicina estão previstas no Código de Ética Médica (Resolução CRM nº 1.931/2009). Todavia, a responsabilidade civil do médico é tratada em diversas legislações, ainda que de forma oblíqua. A responsabilidade penal está prevista em leis esparsas. Em Portugal, a responsabilidade do médico, tal como no Brasil, também é tratada nas esferas administrativa, civil e penal. No direito brasileiro, a prestação de serviços médicos é considerada como sendo uma relação de consumo. Trata-se de uma inclusão discutível, ante as peculiaridades que envolvem a atividade médica. Não se pode negar sua natureza contratual. No entanto, trata-se de prestação de serviços com nuances diversas, sobretudo porque não se pode exigir um resultado concreto, como ocorre na prestação de serviços tipificada na legislação brasileira.

IV - A responsabilidade civil do médico tem como pressupostos o fato, o dano, a ilicitude e o nexo de causalidade. Exige, portanto, os requisitos da responsabilidade civil em geral. Apesar disso, seria mais adequado considerar a responsabilidade civil do médico como tendo natureza subjetiva, exigindo-se sempre a prova da culpa. No Brasil, a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) tem por base a responsabilidade objetiva, incluindo o médico, na condição de profissional liberal, em seu rol. No entanto, traz uma regra de exceção, ao determinar que a responsabilidade civil dos profissionais liberais não prescindirá da prova da culpa, de modo que é inócua sua inserção na legislação consumerista. Ora, se não tem natureza essencialmente objetiva, a responsabilidade pessoal do médico deveria ter sido tratada no âmbito da legislação civil.

V - A doutrina e a jurisprudência claramente demonstram certa tendência em destacar a importância da distinção entre atividade de meio e atividade de resultado, em relação ao estabelecimento do ônus da prova. Entretanto, na legislação brasileira, essa diferenciação não tem grande relevância. É verdade que o Código de Defesa do Consumidor trata os

profissionais liberais, sobretudo os médicos, como exceção à regra. Porém, não excepcionou a faculdade que tem o magistrado de inverter o ônus da prova. Desse modo, ainda que se esteja no campo da obrigação de meio, em que se aplica a regra da responsabilidade subjetiva, poderá o magistrado inverter o ônus da prova, transformando a conduta médica em obrigação de resultado.

VI - A relação entre médico e paciente envolve diversas fases, indo desde o contato inicial até o diagnóstico, cujo objetivo é identificar a doença e possibilitar o tratamento adequado. Não se pode olvidar que, até por sua condição humana, os médicos podem cometer erros, destacando-se o erro de diagnóstico entre os principais. E, por isso, tem muita relevância na responsabilidade civil médica. O erro de diagnóstico verifica-se na percepção equivocada que tem o médico da realidade. Em razão dessa falha, ele identifica erroneamente a doença, fato que, em alguns casos, tem como consequência também um tratamento errado.

VII - Não é qualquer erro de diagnóstico que ensejará a responsabilidade civil do médico, ainda que não tenha se mostrado o diagnóstico mais indicado para aquela situação. Não cabe, por exemplo, responsabilização, se ficar demonstrado que, ao realizar o diagnóstico, o médico agiu com a cautela necessária, dentro dos critérios adotados pela ciência médica. Assim, para que o erro de diagnóstico seja ensejador da responsabilidade civil do médico, deve revelar-se como inescusável, comprovando-se que outro profissional qualificado não o cometeria na mesma situação.

VIII - O erro de diagnóstico, em si mesmo, a princípio, não gera o dever de indenizar. A responsabilidade civil só é possível se houver prova do dano, bem como a ligação que tem o erro inescusável com o dano sofrido pelo paciente. Nesse aspecto, Brasil e Portugal adotam o princípio da causalidade adequada. Significa que a conduta do médico somente não será considerada como causa do dano, se restar demonstrado que foi irrelevante

para sua ocorrência. Portanto, para que se possa estabelecer o nexo de causalidade, é necessário observar se a causa tinha potencial para produzir o resultado ou se a lesão foi provocada por circunstâncias alheias.

IX - O erro de diagnóstico vem se firmando como um dos mais importantes fundamentos da responsabilidade civil do médico. Isso acontece porque tem inúmeras implicações. Envolve desde o cerceamento do direito que tem o paciente de receber um tratamento adequado, até o óbito deste, em casos mais graves. Pode ser cometido em várias situações, destacando-se: erro na realização ou na interpretação de exames laboratoriais ou radiológicos; falta de preparo técnico do profissional; inobservância dos sintomas apresentados pelo paciente; diagnóstico intrauterino equivocado.

X - Diagnóstico intrauterino é aquele que pode ser feito a partir da concepção e antes do nascimento da criança, para identificar eventuais anomalias fetais ou doenças congênitas. Nessa seara, há diferenças entre as legislações brasileira e portuguesa, a iniciar pela ampliação das hipóteses de aborto não-punível. As *wrong actions* tratam do erro de diagnóstico que resulta no nascimento de criança portadora de doença grave ou séria anomalia, de caráter hereditário ou congênito. No Brasil, o alcance dessas ações é restrito, sobretudo em razão de maior restrição dos casos onde é permitido o aborto.

XI - O consentimento informado consiste no dever que tem o médico de fornecer ao paciente todas as informações envolvendo o seu estado de saúde. Somente de posse dessas informações, ele pode, de forma livre e consciente, concordar com o tratamento que mais lhe seja adequado. Se a vontade é manifestada com base em informações equivocadas ou incompletas sobre o diagnóstico, ou ainda a respeito do procedimento indicado, o paciente não terá elementos para manifestar sua vontade, de forma livre e consciente.

XII - Originária do direito francês, a perda de uma chance deve ser considerada como uma modalidade específica de dano. Nessa hipótese, a

responsabilidade advém, não do dano final, mas sim da chance perdida de um resultado exitoso. Por se tratar de um dano autônomo, a responsabilidade civil ensejará indenização a ser calculada de acordo com a hipótese concreta. Entretanto, não pode o *quantum* fixado ultrapassar o valor devido em razão do dano final. Assim, para sua fixação, será inicialmente observado o valor do dano final. Sobre esse valor, aplica-se um percentual de acordo com a maior ou menor consequência da chance perdida, para, ao final, aplicar o percentual sobre o valor do dano.

REFERÊNCIAS:

a) Doutrina

ANTUNES, João Lobo. **A nova medicina**. In RUEFF, Maria do Céu (coord.). Direito da medicina (eventos adversos, responsabilidade, riscos). Lisboa: Coleção Ensaio. Universidade Lusíada Editora, 2013.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Responsabilidade civil dos médicos** (responsabilidade civil médica no Brasil). Vol. 11. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BEERS, Mark H. et al. **Manual Merck: diagnóstico e tratamento**. Tradução Paulo César Ribeiro Sanches. São Paulo: Roca, 2008.

BELTRÃO, Sílvio Romero. **O consentimento informado e sua dinâmica na relação médico-paciente: natureza jurídica, estrutura e crise**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação. Direito/UFRGS. Vol. 9, nº 2, 2014.

BILANCETTI, Mauro. **La responsabilità penale e civile del medico**. Padova: Cedam, 1995.

BORGES, Gustavo. **Erro médico nas cirurgias plásticas**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

CASTANHEIRA, Gonçalo. **Responsabilidade profissional em saúde**. Coimbra: Almedina, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

Código de Hamurabi, 3 ed. Supervisão editorial de Jair Lot Vieira. São Paulo: Editora Edipro, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Obrigações de meios, de resultado e de garantia**. In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria (orgs.). Doutrinas essenciais: responsabilidade civil/direito fundamental à saúde. Vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português II: gestão de negócios, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil**. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2010.

COUTO e GAMA, André. **Relação de consumo entre médico e paciente** (perspectivas sobre o erro médico decorrente de intervenção cirúrgica). São Paulo: Impactus, 2006.

DANTAS, Eduardo. **O inadimplemento do contrato de serviços médicos.** In GARCIA, Maria Olinda (coord.). Estudos sobre o incumprimento do contrato. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2013.

ENTRALGO, Pedro Laín. **El diagnostico medico:** historia y teoria. Barcelona: Salvat, 1982.

ESTORNINHO, Maria João. MACIEIRINHA, Tiago. **Direito da saúde.** Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil.** Parte geral e LINDB. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIA, Paula Ribeiro de. **Os novos desafios da responsabilidade médica:** entre uma responsabilidade fundada na culpa e a criação de novas vias de ressarcimento do dano. In RUEFF, Maria do Céu (coord.). Direito da medicina (eventos adversos, responsabilidade, riscos) Lisboa: Coleção Ensaio, Universidade Lusíada Editora, 2013.

FRAGATA, José; MARTINS, Luís. **O erro em medicina:** perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade. Coimbra: Almedina, 2014.

FRAGATA, José. **Risco clínico:** complexidade e performance. Coimbra: Almedina, 2006.

GODOY, Roberto. **A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar.** In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria (orgs.). Doutrinas essenciais: responsabilidade civil/direito fundamental à saúde. Vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil.** Texto atualizado, revisado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carla. **A responsabilidade médica objetiva.** In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). Responsabilidade civil dos médicos. Vol. 11. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

GONÇALVES, Carla. **A responsabilidade civil médica:** um problema para além da culpa. Vol. 14. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** Parte geral. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIMARÃES, José Alfredo Cruz. **Responsabilidade médico-hospitalar.** In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY Rosa Maria (orgs.). Doutrinas essenciais: responsabilidade civil/direito fundamental à saúde. Vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil.** Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPEZ, Joaquim Atalaz. **Los médicos y la responsabilidade civil.** Madrid: Editorial Montecorvo, 1985.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das obrigações.** Programa 2010/2011. Apontamentos. Lisboa: AFDL, 2011.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida.** Vol. II. In FREITAS, José Lebre de (coord.). Lisboa: Almedina, 2011.

MATIELLO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade civil do médico.** São Paulo: LTr, 2014.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico.** São Paulo: Atlas, 2014.

NUNES, Manuel Rosário. **O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos.** Coimbra: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Temas de direito da medicina.** Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde.** In OLIVEIRA, Guilherme (coord.). Responsabilidade civil dos médicos. Vol. 11. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PEDRO, Rute Teixeira. **A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda da chance e a tutela do doente lesado.** Vol. 15. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direitos dos pacientes e responsabilidade médica.** Vol. 22. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

_____. **O consentimento informado na relação médico-paciente.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

RAPOSO, Vera Lúcia. **Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*).** Revista do Ministério Público, nº 132, out./dez. 2012.

_____. **Do ato médico ao problema jurídico.** Coimbra: Almedina, 2014.

RENTERÍA, Pablo. **Obrigações de meio e de resultado: análise crítica.** São Paulo: Editora Método, 2011.

ROCHA, Nuno Santos. **A perda de uma chance como uma nova espécie de dano.** Coimbra: Almedina, 2014.

SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. **Direito das obrigações I.** Lisboa: AAFDL, 2014.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico.** Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance.** São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

b) Jurisprudência

AgRg no AREsp 678.485/DF. Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma. Julgado em 19/11/2015. DJe 11/12/2015.

REsp nº 1.046.632/RJ. Rel. Ministro Marco Buzzi. Quarta Turma. DJe 13/11/2013.

STJ – REsp 1395254/SC. 3ª T. Relª Min. Nancy Andrighi. Julgado em 15/10/2013. DJe 29.11.2013. Disponível em JURISINTESE. Acesso em 28/07/2016.

Tribunal da Relação do Porto. 2ª Secção. Apelação nº 5152/10.9TBVNGP1. Relator: José Igreja Matos. Decisão unânime. Julgado em 26/01/2016. Disponível em <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 28.07.2016

TJAP – Ap 0035073-89.2011.8.03.0001. C.Única. Rel. Des. Gilberto Pinheiro. DJ 04.12.2015. Acesso em 10.09.2016.

TJRN – AC 2012.007906-4. 2ª C.Cív. Rel. Juiz Conv. Ricardo Tinoco. DJe 16/12/2015.

TJRJ – Ap 0184602-75.2010.8.19.0001. 21ª C.Cív. Relª Márcia Cunha Silva Araújo de Carvalho. DJe 19/10/2015. Acesso em 14.09.2016.

Apelação Cível nº 70067496307. Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relatora: Iris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em 29/01/2016). Publicado em 04/02/2016. Acesso em 14.09.2016.

REsp 1254141/PR. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 04/12/2012. DJe 20/02/2013. Acesso em 14.09.2016.

Tribunal da Relação do Porto. Recurso 540/13.1 T2AVR.P1. Rel. Tomé Ramião, 2ª Secção. Julgado em 14/06/2016.